

A PROBLEMÁTICA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Paulo Augusto Napinonga Amarante*

Resumo: Analisa-se no presente artigo as duas ordens de vocação hereditária que vieram a ser disciplinadas pela Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, instituidora do Código Civil, a depender da forma como a pessoa natural venha a constituir seu vínculo sócio-afetivo, buscando demonstrar que, tanto o casamento e a união estável são famílias, dignas de proteção do Estado e uma dentre as proteções conferidas é uma e única ordem de vocação hereditária, independentemente da forma como venha a se constituir a família. Para a solução do problema, almeja-se que haja uma nova disciplina legal em matéria sucessória do cônjuge e do companheiro, aos moldes do Projeto de Lei n. 4944, de 2005.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais sobre o Direito Hereditário; 2. Da Sucessão Legítima do Cônjuge; 3. Da sucessão Legítima do Companheiro; 4. A problemática do art. 1.790 à luz do art. 1829 do Código Civil; 5. Conclusões; 6. Resumo; Referencias.

Palavras Chave: Sucessão Legítima; Sucessão Legítima do Cônjuge; Sucessão Legítima do Companheiro.

1.Considerações iniciais sobre o Direito Hereditário.

Corolário do direito de propriedade, desde os primórdios da civilização humana a transmissão dos bens em razão da morte de

* Graduado em Direito pela UFV - MG

seu titular foi erigida como um poderoso fator de perpetuidade da família¹, razão pela qual o constituinte de 1988 inseriu, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, a garantia do direito à herança², cuja regulamentação se deu no plano infraconstitucional pela Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, instituidora do novo Código Civil³.

Sendo assim, o Código Civil de 2002 veio a estabelecer duas formas de suceder a herança do falecido⁴, podendo efetuar-se por *manifestação de última vontade*, quando o falecido contempla, seja por testamento ou codicilo, quem serão os beneficiados a suceder-lhe o patrimônio. Ao contrário, a sucessão será *legítima* ou *sem testamento* (*ab intestato*) quando deferida por determinação da lei nos casos de ausência, nulidade, parcialidade⁵ ou caducidade do testamento, estabelecendo uma relação preferencial, denominada ordem de vocação hereditária, das pessoas chamadas a suceder o finado em seu patrimônio, contemplando aqueles que presumivelmente seriam beneficiados caso houvesse manifestação de última vontade⁶.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos, e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: publicada em 5 de outubro de 1.988. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 2. p. 149; OLIVEIRA, Arhur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*: Da sucessão em Geral e da Sucessão Legítima. 4.ed. Max Limonad: 1.952. vol. I. p. 47.

² A garantia do direito de herança, insculpida no inciso XXX do artigo 5º da Constituição de 1988, trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, haja vista que “a Constituição garante o direito de herança, mas a forma como esse direito se exerce é matéria regulada por normas de direito privado.” (in: Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade: ADIN n. 1.715 MC/ DC. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Data de Julgamento: 21/05/1998. Data de Publicação: 30/04/2004. p.27).

³ Ressalta-se que, não obstante preexistirem à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a Lei n. 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e a Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996, que, em alguns de seus dispositivos, regulamentaram a sucessão legítima do companheiro, deve-se ater, para fins sucessórios, a primeira, instituidora do novo Código Civil, aplicáveis aos óbitos das pessoas naturais a partir de 11 de janeiro de 2003, por força dos artigos 1.787 e 2.044, ambos do Código Civil, haja vista que “as regras a serem observadas na transmissão da herança serão aquelas em vigor ao tempo do óbito do *de cuius*” (in: Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. Recurso Especial: Resp. n. 805.806/RJ. Relator: Ministra Denise Arruda. Data de Julgamento: 24/06/2008. Data de Publicação: 18/08/2008).

⁴ Cf. artigo 1.786 do Código Civil.

⁵ Ou seja, quando o testamento ou o codicilo não dispuser sobre todos os bens que integram a herança. Nesse sentido, conferir artigo 1.788 do Código Civil.

⁶ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Direito de Família. 7.e.d. São Paulo: Athas, 2007. vol.6.p. 102.

Desta forma, duas ordens de vocação hereditária vieram a ser disciplinadas pelo Código Civil a depender da forma como a pessoa natural venha a constituir seu vínculo sócio-afetivo, variando, assim, a sucessão legítima conforme o seja da união estável ou do casamento civil, segundo depreende-se dos artigos 1.790 e 1.829 e seguintes, sobre os quais se passa a tecer maiores considerações.

2. Da Sucessão Legítima do Cônjuge.

Na eventualidade da pessoa optar pela formalização de seu vínculo afetivo pelo casamento civil e vier falecer sem prévia manifestação de última vontade quanto ao destino de seus bens, a transmissão de sua herança dar-se-á à luz da ordem de vocação hereditária disciplinada pelo artigo 1.829 e seguintes do Código Civil.

No entanto, ao apreciar o art. 1.830 do Código Civil, verifica-se que a lei condicionou o direito sucessório do cônjuge supérstite a certos requisitos a serem preenchidos, sem os quais não lhe assistirá direito sucessório algum quanto à herança do cônjuge pré-morto⁷. Com efeito, somente após preencher estes requisitos assistirá ao cônjuge direito hereditário, vindo a concorrer primeiramente com os descendentes do *de cuius*, herdeiros de primeira classe, a depender do regime de bens do matrimônio.

⁷ Os requisitos condicionantes do direito hereditário do cônjuge supérstite elencados pela doutrina e pela jurisprudência são da seguinte ordem: a) Ser sobrevivente ao cônjuge falecido; b) Estar casado quando do óbito do *de cuius*, ou seja, não estar divorciado; c) Não estar separado de fato ou judicialmente por mais de dois anos, independentemente de se aferir de culpa pela separação, quer seja do cônjuge supérstite ou do *de cuius*; d) Mesmo estando separado de fato por mais de dois anos, comprovar em vias judiciais que a separação se deu por culpa exclusiva do *de cuius*. Além destes requisitos, soma-se ainda: a) Não haver sido excluído da sucessão por indignidade (CC, art. 1.814 e 1.815) ou por deserção (CC, art. 1.961); b) Haver aceitado a herança, ou seja, não renunciado o quinhão sucessório (CC, art. 1.804). Em conformidade: “Como se pode ver, o reconhecimento sucessório ao cônjuge sobrevivente cinge-se, portanto, à comprovação de que, ao tempo em que o outro faleceu, não estava o casal separado de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova de inocência do supérstite” (in: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento: AGI n. 1.0071.03.012640-4/001. Relator: Desembargadora Maria Elza. Data de julgamento: 11/05/06. Publicação em DJ: 04/07/2006); “Ficando comprovado que o *de cuius* já estava separado judicialmente e já tendo sido homologada a partilha dos bens, descabido se mostra o pedido de habilitação do ex-cônjuge no processo de inventário, não sendo ela nem meeira, nem herdeira, não dispondo de qualquer título de vocação hereditária. 2.

Desse modo, do inciso I do art. 1829, à luz da interpretação dada pelo enunciado n. 270 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal⁸, há quatro hipóteses nas quais a lei deixa de reconhecer ao cônjuge supérstite a vocação hereditária em concorrência com os descendentes, atribuindo a estes a herança em sua totalidade, por cabeça ou por estirpe, quando o regime de bens do matrimônio for: da *comunhão universal*; ou da *comunhão parcial, sem que o falecido tenha deixado bens particulares*; ou da *participação final dos aquestos, sem que o falecido tenha deixado bens particulares*⁹; ou do *regime da separação de bens*¹⁰. No entanto, nestes casos assiste ao cônjuge supérstite apenas o direito de meação, que não se confunde com o direito sucessório¹¹.

Sendo apenas titular dos bens que lhe couberam por partilha na ação de separação judicial, descabe o pedido de habilitação no inventário. E qualquer pretensão que tenha contra o espólio deverá ser deduzida nas vias ordinárias. Recurso provido" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70016161291. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Julgamento: 08/11/2006. Publicação no DJ: 17/11/2006).

⁸ Em conformidade, segue o enunciado n. 270: "O art.1829, inc.I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime de separação convencional de bens ou, se casados nos regimes de comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecidopossuí sse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes".

⁹ Na hipótese de ser o casamento celebrado sob o regime de *comunhão universal, comunhão parcial ou participação final dos aquestos*, a razão para a exclusão do cônjuge da concorrência sucessória com os descendentes deve-se à meação que lhe cabe quando da separação jurídica ou de fato do casal, presumindo a lei, nestes casos, não haver necessidade de recebimento de uma cota parte da herança. Em conformidade: "Quando casado no regime da comunhão universal de bens, considerando que metade do patrimônio já pertence ao cônjuge sobrevivente (meação), este não terá o direito de herança, posto que a exceção do art. 1.829, I, o exclui da condição de herdeiro concorrente com os descendentes" (in: Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RMS n. 22684-RJ (2006/0199541-9). Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data de Julgamento: 06/05/2007. Publicação no DJ: 28/05/2007.p.319); "O cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens detém o direito de nomeação e herança, na forma do art. 1.829 do CCB, na hipótese de o autor da herança deixar bens particulares. Todavia, no caso, inexistindo bem particulares,conformereconhece a própria viúva-meeira, deve o Juízo, desde logo, porque questão de direito, excluí-la da classificação de herdeira, mantida, ape

Afora estas hipóteses, outras três podem ser extraídas nas quais haverá a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, quando o regime de bens do casamento for: da *separação convencional*¹²; ou da *comunhão parcial, somente concorrendo sobre os bens particulares existentes do de cuius*; ou da *participação final dos aquestos, somente concorrendo sobre os bens particulares existentes do de cuius*¹³. Em tais situações, além do direito de meação, assistirá ao cônjuge direito sucessório.

Nestas três situações, concorrerá o cônjuge supérstite com os herdeiros de primeira classe e, caso for ascendente dos descendentes,

nas, a sua condição de meeira" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento: AGI n. 70013227533. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Data de Julgamento: 21/12/2005.Publicação o no DJ: 29/12/2005).

¹⁰ Na hipótese de ser o casamento celebrado sob o regime da separação legal, como corolário da incomunicabilidade dos bens dos consortes por força de lei, não se reconhece aos mesmos direitos sucessórios entre si. Excetua-se, neste caso, a eventual meação a ser apurada quando da dissolução do vínculo conjugal e não por direito de sucessão ao autor da herança, por força do enunciado n. 377 da Sumula do Supremo Tribunal Federal:"No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

¹¹ Em conformidade: "Ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, há que separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia. O que se inserirá na porção ideal da meação segue as regras da partilha. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge, conforme o caso" (in: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**.op.cit.p. 116).

¹² Na hipótese de ser o casamento celebrado pelo regime da *separação convencional*, há a possibilidade de comunhão dos bens adquiridos pelo esforço comum, como forma de se evitar o enriquecimento ilícito. Em conformidade: "Tendo o casamento sido realizado pelo regime da separação convencional de bens, o cônjuge supérstite deve ser chamado para suceder, concorrendo com os filhos do casal aos bens deixados pelo falecido. Inteligência do art. 1.829, inc. I, do CCB" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento: AGI n. 70020919817. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Julgamento: 24/10/2007. Publicação no DJ: 29/11/2007). No entanto, recentemente o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em sentido contrário: "Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte" (in: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp. n. 992.749 - MS (2007/0229597-9). Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data de julgamento: 01/12/2009).

seu quinhão hereditário não poderá ser inferior a um quarto da herança. Ao contrário, se concorrer somente com os descendentes do autor da herança, não haverá a reserva de um quarto da mesma, sucedendo tanto o cônjuge quantos os descendentes apenas do autor da herança por cabeça.

Na ausência de herdeiro da classe dos descendentes é que serão chamados à sucessão os herdeiros de segunda classe: os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens¹⁴.

Não havendo descendentes ou ascendentes, tocará ao cônjuge a herança por inteiro, como herdeiro universal, por força do artigo 1.829, III, do Código Civil, independentemente do regime de bens do matrimônio¹⁵.

Por fim, se não houver descendentes, nem ascendentes, nem cônjuge sobrevivente¹⁶, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau. Na hipótese, ainda, de não existirem herdeiros, legatários ou se todos renunciarem a herança, a mesma ter-se-á por jacente,

¹³ Sendo o regime de bens do casamento o da comunhão parcial e da participação final dos aquestos e havendo bens particulares do *de cuius*, haverá a concorrência do cônjuge com os descendentes quanto estes, apenas, afora sua cota parte advinda da meação. Nesse sentido: "Sendo o casamento celebrado sob o regime de comunhão parcial, mas deixando o falecido bens particulares, em relação a estes a viúva concorrerá com os descendentes, cada um tendo direito a frações eqüitativas do patrimônio, pois quanto a este o cônjuge sobrevivente não terá direito à meação, enquanto receberá somente a meação dos bens comuns, dos quais não será herdeira. Isto com base no raciocínio de que onde cabe comunhão não é cabível concorrência com descendentes, pois já teria sido beneficiada e vice-versa" (in: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.04.463851-8/001. Relator: Desembargador Nepomuceno Silva. Data de Julgamento: 06/12/2007. Publicação no DJ: 19/12/2007).

¹⁴ A distribuição dos quinhões nesta hipótese dar-se-á na seguinte ordem: a) Se o cônjuge supérstite concorrer com ambos os ascendentes de primeiro grau do autor da herança, ao cônjuge tocará um terço da herança; b) se o cônjuge supérstite concorrer somente com um ascendente de primeiro grau, caber-lhe-á a metade da herança; c) se o cônjuge supérstite concorrer com descendentes de grau mais remoto, ou seja, ascendentes de segundo, terceiro grau em diante do autor da herança, caber-lhe-á a metade, sendo a outra metade distribuída aos ascendentes mais próximos e por linha.

e após a declaração de vacância e o transcurso do prazo de cinco anos, os bens passarão para o domínio público¹⁷.

3. Da Sucessão Legítima do Companheiro

A união estável ao ser reconhecida por nosso legislador constituinte como uma forma de constituição de família, carecendo especial proteção do Estado, evidente que o alcance da proteção estatal atinge os direitos patrimoniais, incluída nele a sucessão, independentemente de um dos companheiros ter sido ou não casado¹⁸.

Desse modo, na eventualidade da pessoa constituir-se em união estável e vier a falecer sem prévia manifestação de última vontade quanto ao destino de seus bens, a transmissão de sua herança dar-se-á a luz do artigo 1.790 do Código Civil¹⁹.

No entanto, assim como na sucessão do cônjuge supérstite, há certos requisitos a serem observados para assistir ao companheiro sobrevivente o direito de suceder seu companheiro falecido²⁰.

Dentre os requisitos, destaca-se que a união estável deve dar-se entre pessoas desimpedidas de se casar ou ao menos casadas, mas

¹⁵ Em conformidade: "De qualquer forma, em qualquer hipótese, se o autor da herança não tiver descendentes nem ascendentes e for casado, o cônjuge será o único herdeiro, independentemente do regime de bens que reger o casamento. Ele ocupa, pois, o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Aliás, nesse sentido o art. 1.838 do Código Civil tem clareza solar quando dispõe que "em falta de descendentes ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente", sendo que tal disposição reprisa o que dispunha o art. 1.611, *caput*, do Código revogado". (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70011647161. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Julgamento: 10/08/2005. Publicação no DJ: 18/082005).

¹⁶ Cf. artigo 1830, inciso IV, do Código Civil.

¹⁷ Cf. artigo 1844 do Código Civil.

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*: Lei 10.406, de 10.01.2002. 2.ed. São Paulo: Forense. 2005. vol. 6. p. 199.

¹⁹ Neste intróito à sucessão legítima do companheiro, é necessário ressaltar uma crítica à disposição topológica do artigo 1790 do novo Código Civil, disciplinado no Capítulo I, "Das Disposições Gerais", do Título I, "Da Sucessão em Geral", ao invés de estar imerso no bojo do Capítulo I, "Da Ordem de Vocação Hereditária", do Título II, "Da Sucessão Legítima", do Livro V, "Do Direito das Sucessões". Nesse sentido, conferir: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*: Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027). 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. vol. XXI. p. 54.

separadas de fato, sob pena de configurar relação concubinária, que não gera efeitos no âmbito do direito de família ou das sucessões, mas tão somente em âmbito do direito obrigacional, como sociedade de fato com eventual partilha dos bens comprovadamente adquiridos em comum pelos concubinos, como forma de se evitar o enriquecimento ilícito²¹. Ademais, tal como o casamento, o direito de meação da companheira não se confunde com o direito que lhe assiste a título sucessório²².

Sendo assim, assistindo ao companheiro sobrevivente direito hereditário será chamado a participar da sucessão *de cuius*, somente quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

²⁰ São os seguintes requisitos condicionantes do direito hereditário do companheiro sobrevivente: a) a união estável deve dar-se entre pessoas desimpedidas matrimonialmente ou ao menos separadas de fato; b) ser sobrevivente ao companheiro falecido; c) encontrar-se em união quando do falecimento do companheiro pré-morto; d) haver bens adquiridos onerosamente durante a união conjugal. Além destes requisitos, soma-se a outros mais específicos da seara sucessória: a) Não haver sido excluído por indignidade; b) Não haver testamento do autor da herança contemplando terceiros, haja vista ser o companheiro herdeiro legítimo facultativo, tal como os colaterais, não lhes sendo assegurada a legítima; c) Haver aceitado a herança, ou seja, não renunciado.

²¹ Em conformidade, segue o enunciado n. 380 da Sumula do Supremo Tribunal Federal: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Em conformidade, conferir artigo 1.727 do Código Civil. No mesmo sentido: "A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido". (in: Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial: REsp 931155 / RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 07/08/2007. Data de Publicação: DJ 20/08/2007 p. 281).

²² Em conformidade: "O direito à meação não obsta o reconhecimento concomitante do direito sucessório da companheira sobrevivente, em relação ao patrimônio ad-

- a) se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho^{23 24};
- b) se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles²⁵;
- c) se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- d) não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

4. A problemática do art. 1.790 à luz do art. 1829 do Código Civil.

Após uma sucinta análise das duas ordens de vocação hereditária, ressalta-se que não são poucas as diferenças existentes entre a sucessão legítima do cônjuge e do companheiro.

quirido onerosamente na constância da união estável, por força do art. 1790, I, do Código Civil. Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, o direito sucessório do companheiro não está vinculado ao regime de bens vigorante". (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70012430351. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Data de Julgamento: 05/10/2005. Publicação no DJ: 14/10/2005).

²³ A expressão "filhos" alberga os demais descendentes do *de cuius*. Nesse sentido, segue o enunciado n. 266 da Jornada de Direito Civil: "266 - Art. 1.790: Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns."

²⁴ Em conformidade: "UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA - DIREITO À HERANÇA PELA COMPANHEIRA DE UNIÃO ESTÁVEL - ÚNICO BEM IMÓVEL ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NO CURSO DA UNIÃO ESTÁVEL - COMPANHEIRA DO "DE CUIUS" E HERDEIROS FILHOS COMUNS - APLICAÇÃO DO ART. 1.790, I, DO CÓDIGO CIVIL - ADMISSIBILIDADE - RESPEITO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA GARANTIA DA HERANÇA, DO RESPEITO À UNIÃO ESTÁVEL E DA IGUALDADE FILHOS - RESPEITO ART. 5º, XXX, PARÁGRAFO 3º DO ART. 226 E PARÁGRAFO 6º DO ART. 227, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL" (in: Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento: AG n. 5686484400-SP. Relator: Desembargador Oscarlino Moeller. Data de Julgamento: 26/11/2008. Publicação no DJ: 04/12/2008).

²⁵ Em conformidade: "SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. Herança. Meação. Inconstitucionalidade do art. 1790 II CC/02. Farta discussão doutrinária, que não justifica a ampliação ou redução do texto legal pelo intérprete e aplicador do direito. Inconstitucionalidade não ocorrente, na hipótese. Companheira sobrevivente que faz jus à meação e mais a metade do que couber à herdeira na partilha dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Inteligência dos art. 1725, 1790 II, 1829 I do CC/02 e do art. 226 § 3º da CF. Recurso improvido. (in: Tribunal de Justiça de São Paulo. Quarta Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento: AI n. 498.030-4/0-00. Relator: Desembargador Carlos Teixeira Leite. Data de Julgamento: 24/05/2007.

A título de exemplo, basta confrontar o inciso III do artigo 1.829 com o inciso III do artigo 1.790 do Código Civil. Não obstante serem herdeiros de terceira classe, o cônjuge supérstite sucede o falecido como herdeiro universal, na ausência de descendentes e ascendentes, independentemente do regime de bens. Ao contrário, o companheiro supérstite sucede o falecido em concorrência com os ascendentes e colaterais até quarto grau, tocando-lhe apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, se houver.

Estas dentre outras discrepâncias levaram muitos doutrinadores a sustentarem que o inciso III do artigo 1790 afronta ao *princípio da vedação do retrocesso social*²⁶, haja vista que o inciso III do art. 2º da Lei n. 8.971/1944 reconhecia ao companheiro a qualidade de herdeiro universal na ausência de descendentes e ascendentes, além de sustentarem igualmente a *inconstitucionalidade material* da sucessão legítima do companheiro quando comparada com a do cônjuge supérstite à luz do artigo 226 da Constituição Federal²⁷.

Por força de tantas diferenças, muitos doutrinadores vieram a sustentar ser a sucessão legítima do cônjuge muito mais benéfica do que a sucessão legítima do companheiro, haja vista que a Constituição de 1.988 não veio a equiparar a união estável ao casamento, uma vez que a lei deve facilitar a conversão daquela neste. Logo, feita esta distinção no bojo constitucional e por força da estrutura escalonada

²⁶ No mesmo sentido, conferir: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 225-237; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15.e.d. Rio de Janeiro:Forense, 2004. vol. VI.p.154. No que tange ao Princípio da Vedação do Retrocesso Social: "O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos social já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado" (In: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Plenário. Arguição de Inconstitucionalidade na AC: n. 2002.51.01.016646-0. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Data de Julgamento: 10/01/2008. Data de Publicação no DJU: 12/02/2008 - Página::1343 /1344).

²⁷ No mesmo sentido, segue a jurisprudência: "Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário

do ordenamento jurídico está correto o Código Civil estabelecer duas ordens de vocação hereditária segundo a forma pela qual venha a se constituir a família, aplicáveis distintamente ao casamento e à união estável²⁸:

Basta considerar o claríssimo teor do parágrafo §3º do art. 226 da Constituição de 1988. Ali se lê, com todas as letras: "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".

ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70017169335. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Data de Julgamento: 08/03/2007. Publicação no DJ: 16/03/2007); "As regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Isso porque a nova lei substantiva - artigo 1.790, inciso III do Código Civil - rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Violação dos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade" (in: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70027138007. Relator: Desembargador Rui Portanova. Data de Julgamento: 18/12/2008. Publicação no DJ: 10/03/2009).

²⁸ Nesse sentido: "União Estável - Direito sucessório. Vantagens e desvantagens dos cônjuges e companheiros segundo a disciplina do novo Código Civil - Participação do cônjuge, em concorrência com os descendentes, na sucessão dos bens particulares do "de cuius" e sua exclusão da herança no que tange aos bens comuns, dos quais recebe apenas a meação que sempre lhe pertenceu Situação exatamente inversa na sucessão do companheiro - Regra do artigo 1790 do Código Civil que, entretanto, não se considera inconstitucional, pois, na comparação global dos direitos concedidos a uns e outros pelo novo Código Civil, a conclusão é a de que o cônjuge restou mais beneficiado, não havendo assim ofensa ao artigo 226 § 3o da Carta Magna" (in: Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento: AG n. 5891964400 SP. Relator: Desembargador Morato de Andrade. Data de Julgamento: 03/02/2009. Publicação no DJ: 20/02/2009). No mesmo sentido: "A união estável não produz, como pacífico entendimento, efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa. Com o matrimônio conhece-se quais os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável há regras próprias para a sucessão hereditária. Sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável" (in: Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial. EREsp. n. 736627-PR (2006/0189409-5). Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 24/06/2008).

Ora, se a lei (ordinária, diga-se) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidentemente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade, continua sendo o casamento²⁹.

O legislador constituinte de 1988, apesar de ter elevado a união estável à categoria de entidade familiar merecedora de proteção do Estado, não a equiparou, em momento algum, ao casamento celebrado nos moldes dos arts 180 e s. do Código Civil. Daí a premissa da aplicação da nova exegese ao citado texto legal da lei civil³⁰.

Sendo assim, de forma um tanto quanto pacífica na doutrina e na jurisprudência, prestigiou-se o casamento civil em detrimento da estável³¹. No entanto, recentes julgados estão contemplando hipóteses nas quais a sucessão legítima do companheiro, à luz do artigo 1.790 do Código Civil, vem beneficiando-o com quinhões sucessórios muito superiores ao que lhe assistiriam caso casada fosse, pois:

A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias,

chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar. - A discussão quanto à legalidade da referida diferença é profundamente relevante³².

A DIFERENCIAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS PREVISTA NO ART. 1.790, INCISO II, CÓDIGO CIVIL, ENTRE O CÔNJUGE E COMPANHEIRO COLOCA ESTE EM SITUAÇÃO DE VANTAGEM EM RELAÇÃO ÀQUELE, À MEDIDA QUE, DE ACORDO COM AS NOVAS REGRAS, O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, ALÉM DA MEAÇÃO A QUE TEM DIREITO EM RELAÇÃO AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL, PASSOU A FAZER JUS TAMBÉM À METADE DA PARTE NA SUCESSÃO, EM CONCORRÊNCIA COM OS HERDEIROS EXCLUSIVOS DO AUTOR DA HERANÇA³³.

Com base nos referidos julgados, exsurge a reflexão de estar correta, à luz da Constituição de 1.988, o Código Civil disciplinar duas ordens de vocação hereditária com base na forma por meio da

entre o homem e a mulher, mas não estabeleceu a igualdade de direitos entre a sociedade matrimonial e as uniões de fato, continuando o casamento o fundamento do direito de família” (in: Tribunal de Justiça do Paraná. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento: AG 273910-PR. Relator: Wilson Reback. Data de Julgamento: 26/05/1993).

³² In: Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Medida Cautelar: MC n. 14509 SP (2008/1595401-0). Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Data de Julgamento: 21/08/2008. Publicação do DJ: 05/09/2008. O caso apreciado revela uma hipótese de concorrência sucessória entre a companheira sobrevivente e a filha do autor da herança na qual, em razão da maior parte dos bens que compunham o espólio serem adquiridos onerosamente no interregno da união, a sucessão legítima da companheira, nos moldes do art. 1.790, beneficiou-a com um quinhão sucessório muito superior ao que lhe tocaria caso casada fosse em regime de comunhão parcial de bens, nos moldes do art. 1829, I, em detrimento da filha do autor da herança.

³³ In: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Quarta Turma Civil. Agravo de Instrumento: AI 98466020098070000 DF 0009846-60.2009.807.0000. Relator: Sandoval Oliveira. Data de Julgamento: 07/10/2009. Data de Publicação: 16/11/2009, DJ-e. p. 112.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: Direito das Sucessões* (arts. 1.784 a 2.027). op.cit.p.51.

³⁰ WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 12.ed. São Paulo: Saraiva. 2002.p.58.

³¹ No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o art. 226, §3º da Constituição Federal de 1.988, sustentou a primazia do casamento em detrimento da união estável: “Norma do par. 3º do art. 226 da Constituição de 1988, que [...] coloca, em plano inferior ao do casamento, a chamada união estável, tanto que deve a lei facilitar a conversão desta naquele”. (in: Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança: MS n. 21449-SP. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Data de Julgamento: 27/09/1995. Publicação no DJ: 17/11/1995.pag.39206); “No artigo 266 da Carta da República, tem-se como objetivo maior a proteção do casamento” (in: Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário: RE n. 397.762-BA. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 03/06/2008. Publicação no DJ: 11/09/2008. p. 611). No mesmo sentido, conferir: Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário: RE n. 590.779-ES. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 10/02/2009. Publicação no DJ: 27/03/2009. p.1058. Em complementação: “O art. 226, da Constituição Federal, apenas para a proteção do Estado, reconheceu a união estável

qual venha a se constituir o núcleo familiar, sendo que o artigo 226 da Constituição veio conferir especial proteção à família, independentemente de sua forma de constituição.

Estabelecido o ponto inaugural da pretensa reflexão, primeiramente há que se ressaltar que o constituinte de 1.988 em momento algum teve por pretensão igualar a união estável ao casamento: *ambas são formas distintas de se constituir família*. Também em momento algum legitimou a forma discriminatória como está sendo disciplinada a sucessão legítima pela legislação infraconstitucional ou que preferiu o casamento em detrimento da união estável, ao contrário das Constituições precedentes que, categoricamente, sustentavam ser a família legítima apenas a constituída pelo casamento civil^{34 35}.

Deve-se adotar uma visão teleológica e histórica para se buscar o real sentido do texto constitucional em matéria de família³⁶. Pela mera disposição topológica do artigo 226 da Constituição Federal vigente sobrepõe-se ao argumento sustentado por aqueles que legitimam o tratamento discriminatório perpetrado pelo Código Civil de 2002, pois os §§ 1º e 3º, que elecam o casamento e a união estável

como uma dentre as formas de se constituir família, remontam ao *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, no qual enuncia que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado".

Isto significa que, independentemente da forma como se constituir a família, seja pela união formal do casamento, seja pela união estável, ambas são família, dignas de proteção do Estado, e uma destas proteções – frise-se, destinada à família – dá-se quando da morte de um de seus membros, a lei, por força da garantia do direito de herança, chama a suceder o *de cuius* aqueles que seriam caso houvesse manifestação de última vontade, segundo os laços afetivos familiar³⁷.

Prova cabal do assentamento do direito sucessório na estrutura familiar deve-se a progressiva redução dos colaterais na ordem de vocação hereditária³⁸, conforme já sustentam dissidentes julgados

examinar isoladas, preferir o sistema à particularidade [...] É com desprezo à interpretação filológica e, nas palavras de Carlos Maximiliano, com o recurso ao "sistemático e ao teleológico" que se atinge o máximo de efetividade da norma constitucional de proteção à família. (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança: AMS n. 46779 DF 96.01.46779-3. Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa. Data de Julgamento: 14/06/2005. Data de lógamento: 04/08/2005 p.41). A Ministra Nancy Andrigui, integrante da Terceira Turma, da Segunda Seção e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem se destacado por decisões inéditas em matéria sucessória em algumas decisões, chegando a alterar a jurisprudência da Casa para fazer valer o entendimento jurídico mais coerente com as normas infraconstitucionais: "Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espria, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica" (Cf: REsp. n. 992749 - MS (2007/0229597-9) e <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95512>).

³⁷Como supedâneo ao argumento de que a ordem de vocação edifica-se com base no vínculo afetivo dos membros que compõem o núcleo familiar, segue o ensinamento doutrinário: "A ordem de vocação hereditária, pedra angular da sucessão legítima, tem passado, desde a legislação dos romanos, por fases diversas, atenta à sua magna importância, por dizer respeito, intimamente, aos laços de família, cujos direitos tem preocupado, sempre, a todos os legisladores, e por ser o modo regulador da distribuição dos sucessíveis em classes, das quais umas preferem às outras na adição da herança [...] O motivo porque a ordem da vocação hereditária tem variado tanto no

³⁴ Para melhor elucidação: a) Constituição de 1934: "Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado"; b) Constituição de 1937: "Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos"; c) Constituição de 1946: "Art 163. - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado"; d) Constituição de 1967: "Art. 167. - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"; e) Constituição de 1967, com redação dada pela EC n.1: "Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos".

³⁵ Em conformidade: "A partir do art. 226, §3º, da *Lex Legum*, infere-se que o Estado tem a mesma obrigação de proteger o casamento e a união estável e que facilitar a conversão da família convencional em casamento não pode significar a atribuição de graus hierárquicos entre as entidades familiares. Para ser mais exato: casamento e união estável não são a mesma coisa e não querem ser. Todavia, ambas as entidades familiares dispõem da mesma proteção, eis que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, como reza o *caput* do art. 226 da Constituição da República. Distinguem-se, pois, na forma de constituição e prova de sua existência, mas jamais quanto aos efeitos protetivos em relação aos seus componentes (FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37).

³⁶ À título de complementação: "Propende o Direito moderno para atender mais ao conjunto do que às minúcias, interpretar as normas com complexo ao invés de as

quanto à sucessão do companheiro com demais parentes sucessíveis³⁹
40.

A lei empresta tratamento diferenciado entre os herdeiros necessários (CC, art. 1.845) e os herdeiros legais Os primeiros, quanto mais próximos os parentes, maiores os laços de afetividade a os unirem, e a conseqüente obrigação de alimentar Os últimos, a Lei (CC, art. 1.829, IV) os reconhece, mas de forma muito singela Na linha transversal, a ordem da vocação hereditária deve tomar em consideração a limitação

correr dos séculos, é conseqüência lógica dos vários modos por que os diversos povos tem concebido e organizado o instituto familiar". (in OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões: Da sucessão em Geral e da Sucessão Legítima*. op.cit.p.170); "Chama-se ordem da sucessão ou ordem em que é feita a vocação hereditária da lei, a distribuição dos sucessíveis em classes das quais umas preferem às outras na adição da herança. A organização dessas classes depende das relações familiares, com toda sucessão legítima, feita exceção para o direito hereditário do Estado. (in BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 4.ed. São Paulo. Editora Freitas Bastos:1945. p.88). "A teoria mais conhecida sobre o fundamento da sucessão legítima é a que a atribui à vontade presumida do autor da herança, que, se testasse, diz-se, razoavelmente os contemplaria na mesma ordem em que os coloca sentimentalmente, graduando a sucessão na mesma ordem de afeição" (SANTOS, J.M.de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado: Direito das Sucessões* (art. 1.572 - 1631).13.e.d.São Paulo: Livraria Freitas Bstos S.A.vol.XXII.ANO.p.247) ; "O que em última análise se pode afirmar é que o amor da prole, a afeição e afinidade da família, principalmente no que toca aos parentes mais próximos, constituem a base, o fundamento real da sucessão legítima, ou se queira ver nas prescrições da lei, até certo ponto, uma presunção da vontade do *de cuius*; ou se entenda que o legislador se empenha em prestigiar e fortalecer a família como elemento imprescindível da ordem social, constituindo o viveiro dos bons cidadãos" (in PACHECO, José da Silva. *Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária*. 5.e.d.Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 134).

³⁸ FERREIRA, Pinto. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2.ed.São Paulo: Saraiva.1990.p.74.

³⁹ Conforme já apreciado, a crítica se faz ao inciso III do artigo 1790 do Código Civil, por meio do qual, inexistindo descendentes, o companheiro sobrevivente sucederá o *de cuius* em concorrência com os colaterais, caso não haja ascendentes, assistindo-lhe, desse modo, apenas um terço dos bens adquiridos na constância da união ao invés de suceder o *de cuius* como herdeiro universal, tal como o cônjuge sobrevivente. Com efeito, somente sucederá o companheiro como herdeiro universal na ausência de colaterais até o quarto grau.

⁴⁰ Em conformidade: "Vemos, assim, que a ordem de vocação sucessória tem variado, de uma legislação para outra, atendendo à importância das relações de família e à escala de valores vigentes. Nas legislações modernas, assistimos a uma evolução, no

da vocação nessa classe, de molde a estabelecer uma precisa correspondência entre a sucessão e o instituto familiar dos alimentos Aqui, nesta causa, entre o autor da herança e os herdeiros de quarto grau na vocação hereditária, que não se conheciam pessoalmente, os vínculos de afetividade estavam bastante esmaecidos⁴¹.

Desse modo, utilizar do singelo argumento de que a união estável não é igual ao casamento, pois a lei deve facilitar sua conversão neste, segundo depreende-se da interpretação restrita e literal do §3º do artigo 226 da Constituição de 1988, não basta e muito menos justifica o tratamento discriminatório dado a estas formas de constituição de família disciplinadas pelo texto infraconstitucional atinente à matéria sucessória, motivo pelo qual muitos doutrinadores sustentam a inconstitucionalidade material da sucessão legítima do companheiro aos moldes como se encontra disciplinada pelo artigo 1.790 do Código Civil⁴².

Portanto, deverá haver uma e única ordem de vocação hereditária aplicável indistintamente ao casamento e a união estável, sob pena de entidades familiares iguais sofrerem tratamento desigual, como o fez o atual Código Civil em matéria sucessória.

sentido de limitar o número de colaterais que podem suceder no caso de falecimento *ab intestato*, pois a família moderna é tipicamente família jure próprio, concedida em sentido estrito, ou seja, os pais e os filhos, perdendo a sua importância a família patriarcal antiga, a família em sentido amplo, que abrange os colaterais afastados (in WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 9.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais.1990. p.59.

⁴¹Tribunal de Justiça de São Paulo. 25ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível com Revisão: CR n. 883696009 SP. Relator: Amorim Cantuária. Dara de Julgamento: 04/11/2008. Publicação no DJ: 28/11/2008.

⁴² Em conformidade: "O tratamento diferenciado não é somente perverso, é escancaradamente inconstitucional. No mesmo dispositivo em que assegura especial proteção à família, a Constituição reconhece a união estável como entidade familiar, não manifestando preferência por qualquer das formas (CF 226 §3.º)" (in DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais.2008.

.p. 152); "O tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinção de ordem patrimonial. Até que seja corrigido este equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo a sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de se evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem especial proteção do Estado (idem.

Prestigia-se, portanto, o Projeto de Lei n. 4.944, de 2005, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Bisciaia, com participação de membros do Instituto Brasileiro de Direito da Família, propondo uma nova ordem de vocação hereditária aplicável indistintamente em prol do companheiro e do cônjuge supérstite. Segue-se, por oportuno, a proposta de nova redação aos dispositivos referentes à ordem de vocação hereditária.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o 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.

Parágrafo único: A concorrência referida nos incisos I e II não ocorrerá quando o casamento houver sido celebrado pelo regime da separação convencional de bens e, nos demais casos, dar-se-á sobre os bens em que não incida o direito à meação.

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato ou de direito.

Art. 1.837. Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente caberá um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente.

p. 71); "Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais (DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Op.cit.p.237).

Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes".

Nesse diapasão, é de grande valia ressaltar interessantíssimo julgado apreciado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

EM VIRTUDE DAS INÚMERAS CRÍTICAS DIRIGIDAS AOS ARTIGOS 1.790 E 1.829 DO CÓDIGO CIVIL, CERTAMENTE SERÁ NECESSÁRIA A REFORMA DO TEXTO LEGAL PARA EQUILIBRAR O DESEJO DO LEGISLADOR CONSTITUINTE AOS DISPOSITIVOS CONSTANTES DO CÓDIGO. CONTUDO, NÃO É O CASO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, MAS DE ADEQUAÇÃO DA NORMA AO CASO CONCRETO, BUSCANDO A SOLUÇÃO QUE MELHOR DISTRIBUA A JUSTIÇA⁴³.

Peca, no entanto, o referido projeto apenas por excluir o cônjuge supérstite da categoria de herdeiro legítimo legitimário. Ao contrário, o mais correto seria elevar o companheiro sobrevivente também à categoria de herdeiro legítimo legitimário, ao lado do cônjuge, dos descendentes e dos ascendentes⁴⁴.

5. Conclusões

Após estas breves considerações sobre a sucessão legítima do cônjuge e do companheiro à luz do novo Código Civil, tira-se as seguintes conclusões.

⁴³ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Terceira Turma Cível. Apelação. APL n. 45288620068070005. Relator: Mário Zam Bemiro. Data de Julgamento: 12/08/2009. Data de Publicação: 11/09/2009, DJ-e Pág. 209.

⁴⁴ Nesse sentido, conferir: DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. op.cit.p.134; PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *O Cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002*. 1.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2007.p.123

O povo brasileiro garantiu, mediante a Constituição de 1988, a liberdade de determinação sócio-afetiva ao indivíduo a fim de constituir uma família como um instrumento de aperfeiçoamento da personalidade de seus membros, independentemente de sua forma de constituição.

Desse modo, a Constituição de 1988 edificou a família como base da sociedade, assegurando-lhe especial proteção do Estado, independentemente se constituída mediante a forma de casamento ou de união estável. Uma destas proteções conferidas é a transmissão da herança em razão do falecimento de um de seus membros em prol dos demais que compõem o núcleo familiar, segundo uma ordem previamente estabelecida pelo grau de afetividade⁴⁵, razão pela qual a sucessão legítima do companheiro e do cônjuge supérstite devem dar-se nos mesmos moldes legais, conforme propõe o Projeto de Lei n. 4944 de 2005, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia.

É fato incontroverso que a união estável é um fenômeno atualmente arraigado na cultura brasileira e em constante expansão, razão pela qual é inadmissível e materialmente inconstitucional legitimar a discriminação perpetrada pela legislação infraconstitucional em matéria sucessória, sob o mero argumento de que a união estável não é equiparada ao casamento. Não foi esta a pretensão do constituinte de 1988, uma vez que o continente sobre o qual se reveste o conteúdo família é irrelevante, sendo este digno de proteção.

Busca-se, no presente trabalho, o direito hereditário à luz da Constituição de 1988, condizente com os valores e a idéia de família contemporânea, almejando-se que o a lei e a jurisprudência sejam mais condizentes à realidade brasileira.

Para a solução do problema ora enfrentado, almeja-se que haja uma nova disciplina legal em matéria sucessória do cônjuge e do companheiro muito mais operacional e efetiva do que a atualmente existente, aos moldes do Projeto de Lei n. 4944, de 2005.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos, e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: publicada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 2.

⁴⁵ Ou seja, os membros de maior afinidade preferem aos membros de menor afinidade.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 4.ed. São Paulo. Editora Freitas Bastos:1945.

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

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey.2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Pinto. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva.1990.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027)*.3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.vol. XXI.p. 54.

OLIVEIRA, Arhur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões: Da sucessão em Geral e da Sucessão Legítima*. 4.ed. Max Limonad: 1.952. vol.I.p. 47.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária*. 5.e.d. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *O Cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002*.1.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15.e.d. Rio de Janeiro:Forense, 2004. vol. VI.p.154.