

O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EQUIDADE

Bernardete Schleder dos Santos

UNIFRA-Santa Maria

Heloísa Missau Ruviaro

UFSM

Márcia Samuel Kessler

UFSM

*Artigo recebido e aceito
em 25 de outubro de 2014*

RESUMO

O texto tem por objetivo discutir as diferenças entre o tratamento dispensado pela legislação brasileira em relação aos cônjuges e companheiros, confrontando-as com os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Além da análise da legislação brasileira é realizada uma comparação com legislações estrangeiras, como forma de identificar mudanças possíveis na realidade brasileira. Para isso, utiliza de método de pesquisa bibliográfica de autores nacionais e internacionais sobre o tema, bem como de fontes primárias brasileiras e estrangeiras. Conclui-se que as diferenças de tratamento entre cônjuge e companheiro são históricas, mas que, a partir da atual configuração do conceito de família deve-se, a partir de um olhar constitucional, entender pela inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, primando-se por uma adequação da legislação sucessória. Palavras-chave: Direito de sucessão. Princípio da equidade. Relações familiares.

ABSTRACT

The paper aims to discuss the differences between the treatment under Brazilian law regarding spouses and partners, confronting them with the principles of human dignity and affection. Besides the analysis of Brazilian law is made a comparison with foreign laws as a way to identify possible changes in the Brazilian reality. It uses the method of literature search of national and international authors about the subject, as well as Brazilian and foreign primary sources. We conclude that the differences in treatment between spouse and companion is historical and that from the current configuration of the concept of family there must be a constitutional way to look the subject, understanding the unconstitutionality of article 1790 of the Brazilian Civil Code, excelling by an adaptation of succession law.

Keywords: Succession law. Equity. Family relation.

INTRODUÇÃO

A disparidade de tratamento entre cônjuges e companheiros é uma questão histórica enfrentada pelo Direito Civil brasileiro. Com a modificação do conceito de família e a conquista de maior espaço pelo cônjuge em relação ao Direito Sucessório, algumas injustiças ainda permanecem no que diz respeito aos direitos a título de sucessão causa mortis, nas relações derivadas de uniões estáveis e do casamento.

Veja-se, por exemplo, a porção herdada pelo cônjuge. Na antiga lei, ele só recebia herança na ausência de descendentes e ascendentes do de cujus. Nos casamentos realizados sob regime de comunhão universal de bens a regra era protetiva pelo próprio direito da meação sobre a totalidade dos bens, e ainda assim, havia o direito real de habitação. Já nos outros tipos de regimes, era proporcionado apenas o chamado usufruto vidual sobre parte do patrimônio.

Atualmente, com a vigência do Código Civil de 2002, o entendimento é diverso. O cônjuge tem reservado para si uma série de direitos, dentre eles: o da concorrência com os descendentes - com critério de dependência do regime de bens e reserva mínima de $\frac{1}{4}$ do patrimônio se forem filhos comuns; a privilegiada concorrência com os ascendentes; a promoção ao status de herdeiro necessário; o direito real de habitação, independente da existência do direito sucessório; além da sucessão exclusiva na terceira classe e da evidente manutenção do seu direito de meação vinculada ao regime de bens adotado.

Com relação ao companheiro, também houve algumas evoluções legislativas. Ele foi sujeito de direitos promovidos pela legislação, com a ampliação constitucional do conceito de família, abarcando o entendimento relativo não somente às uniões provenientes do matrimônio, mas também àquelas informais e monoparentais. Mesmo com as mudanças na lei, no entanto, percebe-se que ainda não se atingiu o ponto ideal de equilíbrio nas relações hereditárias estabelecidas entre companheiros e cônjuges. Muitas impropriedades ainda permanecem, remanescendo diferenças que afrontam aos mais basilares princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, como os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo promover a discussão a respeito das diferenças de tratamento da legislação brasileira em relação a cônjuges e companheiros, trazendo entendimentos jurisprudenciais, Direito Comparado e sugestões legislativas como subsídios para comentários a respeito da lei atual e mudanças da legislação.

Em um primeiro momento será apresentado um panorama geral da evolução do conceito de família, outrora eminentemente institucional, e diante disso mostrada a possibilidade de equiparação do cônjuge e companheiro quanto à herança do consorte.

Posteriormente, a lei vigente será analisada sob um prisma constitucional, destacando-se suas impropriedades e inseguranças, uma vez que ora privilegia as relações advindas do matrimônio, ora as informais, tendo por base o mesmo dispositivo legal. E por fim, será analisada a posição da jurisprudência atual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, bem como a doutrina e legislação alienígenas.

A APLICAÇÃO DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DE FAMÍLIA NA SUCESSÃO LEGÍTIMA

O fundamento do Direito das Sucessões é variável conforme o momento histórico em que se vive, passando da ordem religiosa para as outras mais diversas correntes de pensamento, algumas vezes eminentemente filosóficas, como a de Maximiliano (apud GONÇALVES, 2009, p. 7), que consagra a continuidade da vida humana como o preceito maior.

Diante da legislação ora vigente, sobressai a garantia do direito à propriedade privada, prevista no art. 5º caput XXII e XXIII da CF/88. Nos dizeres Telles (apud RIZZARDO, 2007, p. 13):

O instituto sucessório é absolutamente indispensável desde que se reconheça a propriedade individual. Uma vez que os indivíduos podem ser proprietários no sentido geral ou amplo da palavra, isto é, podem ter um patrimônio maior ou menor, podem ter bens e dívidas, podem ser titulares de direitos sobre coisas, de créditos, de débitos, é forçoso que alguém lhes substitua nessas posições quando falecem, que tenham um ou mais sucessores, tomando o termo com a amplitude que atrás ficou definida para este efeito. Do contrário, dar-se-ia uma ruptura injustificada da vida jurídica, com perturbação da ordem e frustração de legítimas expectativas. As coisas imóveis ficariam sem dono e pergunta-se qual seria o destino.

Inobstante esse reconhecimento, há que se ter em vista que o interesse à propriedade privada não se deve sobrepor ao fim último da norma constitucional, qual seja, proteção à família. Esse posicionamento está justificado no próprio texto maior, que a conceitua como a base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado – art. 226 caput.

Na realidade essa premissa é anterior mesmo à própria Constituição Federal, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, já garantia o direito de constituir família, núcleo natural e fundamental a ser protegido pela sociedade e pelo Estado – art. 16.3 (LÔBO, 2004).

Em decorrência disso, o interesse geral deve prevalecer à vontade do autor da herança, tanto que parte do seu patrimônio deixado é indisponível, constituindo-se legítima dos herdeiros necessários.

A doutrina é prevalecente no reconhecimento desse norte constitucional. Segundo Gonçalves (2009, p. 186): “Os defensores do princípio da

legítima invocam o arbítrio que poderia representar a exclusão dos familiares e argumentam com a necessidade de se proteger a família”.

Dessa forma, percebe-se com facilidade que o Direito das Sucessões está inevitavelmente ligado ao Direito Constitucional, que traz arraigada a ideia de permanência, supremacia e segurança a todo o sistema.

O artigo 226 do texto maior, do qual se extrai o conceito de família hoje vigente, é alargado em seu entendimento para além do casamento, compreendendo também a união estável e a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Nessa senda, o conceito de instituição sagrada passa a dar lugar a um sentimento maior que une as pessoas, o afeto, verdadeira mola propulsora de valores éticos e culturais. De fato, os sentimentos de carinho e ternura consagram o Princípio da Afetividade como norte da sucessão hereditária no âmbito familiar.

Nessa senda, o Direito de Família se apresenta como esteio do Direito das Sucessões, disciplinando os critérios para a escolha dos sucessores legítimos, sejam necessários ou facultativos. Assim, a partir do Capítulo II do Título II do Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, é possível analisar a ordem atual de vocação hereditária dos herdeiros necessários, estando ali previstos os descendentes, ascendentes e o cônjuge, os quais não podem ficar privados da quota indisponível do patrimônio do de cujus.

Nota-se, já de início, que a disposição do cônjuge como herdeiro necessário denota a imprescindibilidade da união conjugal entre homem e mulher para que haja a reserva de quota indisponível da herança construída pelos casais. Essa disposição não atende àqueles objetivos primordiais de proteção dos laços de afeto, mormente quando condiciona ao regime de bens a concorrência do cônjuge com os descendentes. Além disso, relega o companheiro à figura de herdeiro facultativo, podendo ser privado da herança do autor, inobstante a sua equiparação constitucional e fática.

A legislação atual fere princípios constitucionais, impondo, segundo Dias (2009, s.p.), “o perfil da família do início do século, uma instituição matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual”. Os vínculos afetivos e o sentimento de amor nos relacionamentos estão sendo desprezados pela legislação.

Assim, apesar da reconhecida evolução histórica do Direito Sucessório, as regras vigentes não estão atendendo de forma plena àquele preceito maior previsto na Constituição, de respeito ao Princípio da Igualdade, distanciando-se do paradigma principiológico do Direito de Família, conforme se verá no decorrer deste trabalho.

Oportuno, por isso, analisar a evolução histórica do conceito de família até chegar-se à configuração atual das relações familiares em nossa sociedade. Em momento posterior serão tecidas considerações acerca do tratamento discriminatório conferido pela legislação em relação ao Direito Sucessório dos cônjuges e dos companheiros.

2 O VÍNCULO CONJUGAL NO MODELO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

As relações de família, na prática, talvez sejam as que mais sofrem mutações. Os fatores exógenos que as cercam formam o contexto para profundas modificações, muitas delas em curto espaço de tempo.

Para fazer o retrato da família do Código de 1916, pode-se utilizar da alusão a um bloco de concreto, indissolúvel. O casamento era a única forma de constituição do núcleo familiar, aglomerado de pessoas hierarquicamente organizadas. A sociedade fundiária e patriarcal da época não deixava espaço para a atenção aos indivíduos em si, sendo mais importante o grupo fortemente estruturado, a componentes dignamente reconhecidos.

É amplamente conhecida a antiga condição da mulher em nossa sociedade, sendo considerada relativamente incapaz para a prática de quaisquer atos da vida civil e submetida ao poder patriarcal. O marido era o controlador absoluto e detentor do pátrio poder. A prole, por sua vez, era formada apenas por filhos legítimos, seguindo-se assim a família, indissociavelmente.

O Direito Sucessório de então não fugia à regra, uma vez que privilegiava a consanguinidade. Em razão desse apego à estrutura familiar tradicional e em obediência à Lei 4.121/62, o cônjuge também era afastado da ordem de vocação hereditária quando existentes descendentes e ascendentes, não importando o regime de bens adotado. No entanto, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro dos Santos Guerra:

[...] com as mudanças sociais advindas no decorrer do século XX, tal visão estaria fadada a mudar. A longevidade, a emancipação feminina, a perda de força do cristianismo, a liberação sexual, o impacto dos meios de comunicação de massa, o desenvolvimento científico com as perícias genéticas e descobertas no campo da biogenética, a diminuição das famílias com o aperfeiçoamento e difusão dos meios contraceptivos, tudo isso atingiu fortemente a configuração familiar [...] (GAMA; GUERRA, 2007, p. 155).

Com o passar dos anos e das profundas injustiças sofridas nas relações familiares, percebeu-se a necessidade de uma maior proteção ao cônjuge supérstite, atribuindo-se a ele o usufruto vidual e o direito real de habitação a depender do regime de bens adotado, enquanto mantida a viuvez.

Assim, o Direito de Família passa a transformar-se juntamente com a evolução social. Nesse sentido, o Princípio da Afetividade, que antes era absolutamente relegado a segundo plano, dando lugar à manutenção do patrimônio dentro do mesmo seio familiar, veio a ser reconhecido pela Constituição de 1988. A família passou a ser compreendida como pessoas em grau de igualdade que formam um núcleo e não mais como um bloco formado por pessoas sem rosto.

Segundo Obtempera Madaleno (2008, p. 66):

A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como estão presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.

A consagração do Princípio da Afetividade veio como corolário lógico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Com base nesse princípio, amplia-se o conceito de família, percebendo-se simplória a concepção baseada somente no casamento. O Direito como fenômeno social, histórico e cultural, passa a admitir a união estável e a monoparentalidade como formas de constituição familiar, dispensando maior relevância ao sentimento dos seus membros.

Nesse diapasão, desenvolveu-se a consciência da importância da figura do cônjuge na família nuclear sendo considerado herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária. Essa mudança teve por objetivo valorizar a figura de quem possui a tendência de manter-se junto ao seu consorte, comportamento este que muitas vezes é avesso ao dos filhos, os quais almejam a constituição de suas próprias famílias (NEVARES, 2006). Com isso, seguindo-se uma tendência dos povos ocidentais, tais como a Argentina, Suíça, Espanha e Portugal, uma vez que o cônjuge, que antes era rebaixado na sucessão legítima, passa a concorrer com os descendentes e ascendentes, mesmo que com certas limitações baseadas no regime de bens e filiação.

O reconhecimento do seu importante papel é um avanço no sentido de estimular um tratamento equânime entre marido e esposa. No entanto, o atendimento aos princípios constitucionais ainda não é pleno, visto que o companheiro, apesar de adicionar ao casamento o sentimento do afeto, não possui o mesmo reconhecimento que a figura do cônjuge, ocupando hoje, posição significativa e inexplicavelmente inferior à deste.

É cediço, como já se explanou outrora, que é o princípio da afetividade que rege as relações humanas; e, sendo a união de duas pessoas a consagração do encontro, não há motivos para que se priorize o vínculo matrimonial em detrimento à união estável. Nas duas formas, o cônjuge e companheiro têm a mesma função de esteio familiar juntamente com o outro consorte, respeitando os deveres de lealdade, respeito, assistência, coabitação (hoje já relativizado) e assistência imaterial para a plena comunhão da vida – art. 1.511 do Código Civil.

Por certo o casamento, rito formal e minuciosamente previsto no Código Civil, traz maior segurança para as relações com terceiros. De acor-

do com Nevares (2006, p.144), esse é o fundamento da facilitação da conversão das uniões em matrimônio e a aceitação de efeitos civis emanados de casamento religioso; o que não significa, todavia, que haja uma supremacia axiológica das entidades.

Não se está querendo defender, importante que se diga, que a situação fática da união estável é igual ao formalismo do casamento. É evidente que o formalismo exigido em atos e efeitos derivados de uma relação matrimonial não se aplicam de forma análoga à união estável pela sua própria natureza. Nesse sentido, segundo Nevares (2006), a segurança jurídica da outorga uxória para a venda de bem imóvel e a emancipação proveniente do casamento. Apesar da convivência pública, não há como esperar que terceiros estranhos ao relacionamento ou até mesmo ao próprio casal possam ter o conhecimento da união estável formada, quando não há registro do fato em Cartório próprio.

Assim, apesar de não se defender que casamento e união estável sejam institutos iguais, porque derivam de situações jurídicas diferentes, o que se quer é a igualdade da relação afetiva existente em ambos e por consequência a equiparação dos efeitos que disso advém. Bem diferencia a relação familiar do ato jurídico formal, Tepedino (apud NEVARES, 2006, p. 160), valendo a transcrição:

[...] como se sabe, o casamento pode designar tanto o ato jurídico solene que estabelece a família legítima, como a relação familiar por ele criada. Diz-se, por exemplo, que Tício se casou em certo dia do ano, para referir-se a tal solenidade. Ao revés, a afirmação de que Caio está casado há 20 anos alude à entidade familiar por ele constituída, como relação jurídica que engloba o conjunto de efeitos próprios da convivência familiar, a qual, no caso de Caio, tem origem no casamento.

A partir disso, percebe-se que o primado não é mais o formalismo, mas a situação fática da comunidade familiar formada.

3 DAS SUCESSÕES DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

3.1 Da Sucessão do Cônjuge

Conforme já se disse, andou muito bem o legislador ao erigir o cônjuge ao status de herdeiro necessário. Isso está explícito no art. 1.845 do Código Civil, lei que o coloca exclusivo na terceira classe de vocação hereditária – art. 1829 III. No entanto, segundo o art. 1830, o cônjuge é herdeiro necessário, desde que no tempo da morte do outro, não estivessem separados judicialmente ou de fato há mais de dois anos. Esse interregno é desprezado se provado que a impossibilidade de convivência se deu inobstante ausência de culpa do sobrevivente.

Essa passagem é muito criticada pelos doutrinadores, que a indicam como um verdadeiro retrocesso, examinando culpa para efeitos sucessórios depois mesmo da morte do consorte.

Pois bem, o cônjuge supérstite via de regra concorre com os descendentes herdeiros, exceto quando era casado com o de cujus sob o regime de comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens e comunhão parcial de bens, quando o falecido não deixar bens particulares – art. 1829.

O objetivo principal dessa disparidade entre os regimes é a proteção ao sobrevivente, que quando meeiro não deveria ser também herdeiro. Em muitas situações, todavia, o cônjuge pode ficar ao desamparo cabendo à jurisprudência a readequação do direito ao caso concreto, como forma de ir ao encontro do fundamento legislativo inicial (NEVARES, 2006, p. 147).

Mesmo se assim não fosse, ainda prevaleceria situação desconforme a realidade pelo condicionamento de concorrência na herança, pelos motivos que se passa a explicar.

O primeiro deles é o fundamento mesmo do regime de bens adotado pelo casal quando do matrimônio. Ora, o objetivo da escolha é a regência da vida, até mesmo porque sabem previamente das consequências de cada um. Pensar que o regime de bens pode refletir para depois da morte de um dos consortes, determinando a concorrência com os descendentes é no mínimo ignorar a escolha das partes e se ater ao formalismo, tão distanciado da realidade.

Além disso, porque a sucessão legítima tem hoje fundamento instrumental, em que as pessoas com maior vínculo de afetividade com o hereditando são merecedoras de maior proteção. Na família nuclear, o cônjuge que permaneceu com o autor da herança até seus últimos momentos é o único componente estável e essencial, como já se disse.

O absoluto privilégio da filiação, preterindo-se a figura do cônjuge, era explicável pela baixa expectativa de vida dos ascendentes que, no início do século XX, faleciam em torno dos 40 ou 50 anos, deixando muitas vezes descendentes de tenra idade, o que justifica a grande incidência da figura da tutela no início do século passado.

Hoje a realidade é outra. A expectativa de vida para ambos os sexos, segundo dados do IBGE, é de 73,1 anos, sendo 67,3 para homens e 74,9 para mulheres (BRASIL, 2004). Assim, a regra geral é que no momento do falecimento dos pais, os filhos já tenham seu próprio patrimônio ou meio de sustento.

No entanto, se ainda dependentes financeiramente, existem outros meios de que podem ser beneficiados, como direitos previdenciários ou seguro de vida. Contudo, não se está querendo excluir os descendentes da ordem de vocação hereditária, somente fazer com que o cônjuge, nas condições do art. 1830 do CC, com eles concorra independente do regime de bens.

Diante da legislação atual, na referida concorrência é resguardado no mínimo um quarto da herança para o cônjuge, quando ascendente dos descendentes do de cujus – art. 1832. A polêmica surge quando a descendência é híbrida, ou seja, oriunda do sobrevivente e de terceiro estranho ao relacionamento familiar. Nesse ponto, a doutrina se divide, remanescendo incertezas e inseguranças.

Sem descendentes, são chamados os ascendentes de primeiro grau. A concorrência com o cônjuge é diversa, sendo-lhe resguardado um terço da herança independente do regime de bens adotado – art. 1837. Sendo apenas um ascendente de primeiro grau ou ascendentes de grau superior, cabe ao sobrevivente a metade da herança, sendo a outra metade dividida por linha de ascendência dentro de um mesmo grau – art. 1836 §2º.

Na falta de descendentes e ascendentes, a consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade faz-se presente, quando a totalidade da herança passa para o cônjuge – art. 1838. De acordo com Nevares (2006, p.149), no Código Civil de 1916, aquela figura podia ser absolutamente afastada pelo testamento, ato em que o de cujus podia dispor da totalidade dos seus bens. Erigido a herdeiro necessário, salvo casos de indignidade e deserção, a parte indisponível da herança, cinquenta por cento, pertence-lhe de pleno direito.

O Código de 2002 avançou também no que diz respeito ao direito real de habitação. Havendo apenas um imóvel residencial no monte mor e independente do regime de bens e participação da herança, o consorte faz jus de pleno direito à habitação vitalícia, não mais condicionada à sua eterna viuvez – art. 1831.

Registre-se, portanto, que quanto ao cônjuge muito foi alterado e o direito de família e sucessões caminha lado a lado dos preceitos constitucionais vigentes, indo ao encontro da realidade de dignidade almejada pela Carta da República em diversos aspectos.

3.2 Da Sucessão do Companheiro

O Código Civil de 1916 não reconhecia a comunhão de vida informal entre duas pessoas como entidade familiar. No entanto, era inegável a existência do concubinato puro, situações fáticas que geravam demandas judiciais para o reconhecimento de direitos sucessórios após a morte de um dos companheiros.

As reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de afastar o enriquecimento ilícito, deram origem à Súmula nº 380, com a seguinte redação: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Depois daquele avanço, seguiu-se a introdução gradativa de diversas leis que beneficiavam os companheiros, exceto no campo sucessório. Isso passou a mudar a partir do advento da Constituição de 1988, art. 226, norma programática, dependente de regulamentação infraconstitucional.

Pois bem, a Lei 8.971, que entrou em vigor em 29 de dezembro de 1994, passou a disciplinar os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão. Consoante o art. 2º, *in verbis*:

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 cujus, se houver filhos deste ou comuns;

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes ou ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 1994, s.p.).

Essa lei vigorou até 10 de maio de 1996, quando a lei 9.278 trouxe inúmeras alterações no regime sucessório na união estável, com o fito de regular o § 3º do art. 226 da Carta Magna. Através dela foi estendido ao companheiro o direito real de habitação sobre o imóvel em que residia, cuja extinção se dava com a morte do consorte, com a constituição de nova união estável ou casamento, ou, com a ocorrência de alguma das hipóteses que ensejam a extinção do usufruto.

Sobreveio, então, o Código Civil de 2002, que no art. 1790 do Capítulo denominado “Disposições Gerais”, do Título “Da sucessão em geral”, dispõe sobre tão debatido e controvertido tema.

Ocorre que a nova lei não revogou expressamente as anteriores de 1994 e 1996. Ademais, por não disciplinar matéria referente a direito real de habitação ao companheiro, também não houve revogação tácita do art. 7º da lei 9.278 (LICC art. 2º §1º). Esse problema vem à tona tendo em vista que o art. 1831 concede tal benefício ao cônjuge, independente do regime de bens adotado.

Fazendo uma interpretação principiológica da situação que se põe, é forçoso admitir a continuidade da vigência daquela norma ao companheiro. Caso contrário, haveria flagrante afronta ao conhecido princípio da vedação ao retrocesso, constitucionalmente implícito.

Os aspectos jurídicos da proibição são delineados por J. J. Gomes Canotilho:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quais-

quer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado (CANOTILHO apud SOUZA, 2009, p.13).

Todavia, as dúvidas e críticas ao Código de 2002 vão além, incidindo inclusive na localização da regra sucessória referente à união estável. Nota-se que deveria estar no Título II, referente à sucessão legítima, tanto quanto o cônjuge. Para melhor elucidação, transcreve-se:

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

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2003, s. p.).

A primeira impropriedade é percebida já da análise do caput quando em confronto com os artigos 1725 e 1829, ambos do CC. Este último menciona que o cônjuge concorre com os herdeiros na herança, atingindo os bens particulares deixados pelo de cujus, se casado sob o regime de comunhão parcial de bens. No entanto, o companheiro, unido sob o mesmo regime, não tem acesso àqueles mesmos bens, que tocam inteiramente aos demais herdeiros.

Não há justificativa plausível, nem mesmo se admitindo que o legislador quis colocar, inconstitucionalmente, o companheiro em grau de inferioridade. Isso porque dependendo da situação formada, o cônjuge pode ser prejudicado pela disposição legal. Isso acontece quando o de cujus, casado sob o regime legal, não deixar bens particulares. Enquanto o companheiro vai ter direito à participação na meação do consorte, ao cônjuge só tocará a própria meação, que de direito já é sua antes mesmo do falecimento daquele outro (MOTTA, 2004).

A mesma impropriedade e insegurança acontece nos incisos I e II, que dispõem sobre a sucessão em concorrência com os descendentes, e não somente filhos como pretendeu o equívoco do primeiro inciso. O cônjuge, por depender do regime de bens adotado, pode não concorrer com os descendentes na herança, ao passo que o companheiro sempre concorre, mesmo não garantido o mínimo de um quarto quando filhos comuns (MOTTA, 2004).

A diferença parece pequena por essa percepção hipotética. Mas isso logo muda quando feito exercício com casos práticos, em que o patrimônio, constituído durante o relacionamento, é estrondoso. A falta de primor científico quando da elaboração do texto faz com que seja ora beneficiado o cônjuge, ora o companheiro, dependendo da situação fática, pelo mesmo dispositivo legal.

O inciso III é ainda mais absurdo, quando traz para a sucessão, em concorrência com o companheiro, os parentes até 4º grau. Para esses últimos, que muitas vezes nem conheceram o de cujus, ou ainda se conheceram, não compartilharam a vida como fez o consorte, cabe 2/3 da herança e mais a totalidade dos bens particulares. Ao companheiro, em absoluta afronta ao princípio da afetividade e dignidade da pessoa humana, ignorando completamente a noção atual de família instrumental, toca 1/3 da herança, somente.

Por fim, sendo que ao companheiro caberão apenas os bens percebidos dispendiosamente durante a convivência, quanto aos demais há a injusta vacância da herança nos casos de ausência de ascendentes, descendentes e colaterais – inciso IV.

A partir das situações apresentadas, pode-se perceber o terreno frágil que é a legislação, marcada pela inconstitucionalidade das regras sucessórias na união estável. Mesmo se assim não fosse, as incertezas advêm das injustiças com relação ao companheiro e ao próprio cônjuge, ora um, ora outro, dependendo da situação posta.

Diante disso, cabe a jurisprudência a tentativa de adequação fática e legislativa com a realidade social. Enquanto isso, pela crescente divergência de posicionamento entre estudiosos e julgadores, há a elaboração constante de projetos de lei, o que será analisado logo adiante.

4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ATUAL

Inicialmente, cabe verificarmos que o processo de construção do atual Código Civil de 2002 foi resultado de muitos anos de discussão e elaboração. Tanto que grande parte da redação final teve por base o anteprojeto elaborado na década de 70. Segundo Hironaka (2003, s. p.), “o anteprojeto de Código Civil elaborado em 1972, bem assim o Projeto apresentado para discussão em 1975 e aprovado na Câmara de Deputados em 1984, não previam qualquer regra relativamente à sucessão de pessoas ligadas entre si apenas pelos laços do afeto.” Assim, percebe-se que por possuir sua estrutura em uma proposição legislativa de mais de três décadas atrás, o atual Código Civil de 2002 não reflete as necessidades sociais demandadas pela configuração das relações familiares estabelecidas no século XXI.

Ocorre que o anteprojeto já foi elaborado com base em princípios diversos dos preconizados pela Constituição de 1988. O resultado dessa demora na aprovação do Código Civil e de algumas imperfeições na técnica legislativa é evidenciado a partir de uma grande desarmonia doutrinária em relação às interpretações relativas.

Em pesquisa realizada e divulgada por Cahali (2007), são apresentados os múltiplos entendimentos de autores e professores no âmbito da sucessão. A partir desse estudo é possível perceber que o tratamento dado a um e a outro é bastante distinto no que concerne ao direito de sucessão decorrente do casamento e da união estável. Isso porque quando se trata da sucessão entre cônjuges a discussão reduz-se aos bens herdados no regime de comunhão parcial e aos casos de filiação híbrida. Já no que diz com os companheiros, verificam-se posicionamentos diversos tanto com relação à concorrência deste com o Poder Público, como a ser devido ou não o direito real de habitação, existência de concorrência com netos comuns, filiação híbrida e ainda ordem de vocação hereditária.

Dessa forma, tendo em vista o panorama atual de divergências, árduo é o papel dos operadores do Direito encarregados de realizar a interpretação das atuais normas relativas à matéria. Conforme já foi discutido, o tratamento desigual demanda constante posicionamento dos Tribunais e demais instâncias do judiciário acerca do assunto, que podem ser divergentes em vista das múltiplas interpretações possíveis.

Evidente que, havendo desrespeito à Constituição Federal e a Princípios como o da Igualdade, cabe aos julgadores utilizarem-se de recursos como a hermenêutica, bem como uma interpretação sistêmica da legislação para solução dos conflitos existentes sobre o tema

Atualmente, apesar de tudo, o posicionamento majoritário demonstrado pelo TJ-RS em decisão recente é no sentido do reconhecimento da observância do Princípio da Equidade. Destaca-se que apesar do voto ser favorável ao tratamento igual entre companheiro e cônjuge, há uma clara cisão nos posicionamentos adotados pelos desembargadores, sendo vencido o voto do presidente, conforme a ementa do julgamento:

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. RECONHECIMENTO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE COMO HERDEIRO, EM CONCORRÊNCIA COM O DESCENDENTE. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 1.790, II, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO COMPANHEIRO E AO CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE.

1. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a

mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório.

2. Reconhecimento do companheiro supérstite como herdeiro dos bens deixados por sua companheira que se impõe, em concorrência com o descendente da falecida.

3. Escritura Pública de Inventário e Adjudicação que deve ser anulada. Recurso provido.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70029885456, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Data de julgamento: 22 de julho de 2009).

Mas essa atmosfera densa e cinzenta criada em torno da sucessão de cônjuges e companheiros tende a ser solucionada. Ao menos é o que indica a análise realizada a partir do Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374, proposto pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que busca questionar a inconstitucionalidade do art. 1790, III do Código Civil por contrariar disposição constitucional presente no art. 226, §3º, o qual prevê o reconhecimento da união estável como entidade familiar, facilitando sua conversão em casamento.

Sobre o Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374, em parecer exarado em 3 de junho de 2009, a Procuradora Geral de Justiça, Ana Maria Schinestsck, afirma ser “indiscutível a inconstitucionalidade do artigo 1790, III, do Código Civil, uma vez que não há argumento jurídico consistente capaz de legitimar o tratamento desigual entre companheiro e cônjuge supérstite”. Destaca, ainda, o desrespeito da legislação em face de princípios constitucionais como o da isonomia, da equidade e da dignidade da pessoa humana. Por certo que as desigualdades aqui apresentadas são apenas um tópico, entre outros remanescentes em relação ao Direito Sucessório brasileiro. Segundo Miguel Reale (2003, s.p.), “(...) ainda não nos demos conta de todas as graves consequências resultantes do art. 226 da Constituição de 1988, ao dispor sobre a instituição da família considerada base da sociedade”.

5 PRINCIPAIS PROJETOS DE LEI RELATIVOS À SUCESSÃO DE CÔNJUGE E COMPANHEIRO

Tendo-se em vista a evidente pluralidade de opiniões e interpretações dos artigos foi impossível ao Poder Legislativo fechar seus olhos frente ao tratamento desigual entre cônjuges e companheiros. Diante disso, até mesmo como forma de auxiliar a pacificação do entendimento doutrinário e jurisprudencial, alguns deputados propuseram projetos de lei com o intuito de adequação da legislação à realidade social. A seguir, serão analisados de forma bastante breve os projetos de lei PL 4.947/05 e PL 6.960/02, sendo demandada maior atenção e debate aos PL 4.944/05 e 674/07.

O PL 4.947/05, foi proposto pelo deputado Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), sendo resultado de sugestão legislativa do IBDFam, almejando a resolução de conflitos no âmbito familiar gerados pela necessidade de comprovação de ausência de culpa do cônjuge para concessão de alimentos (BRASIL, 2005c). Atualmente, a alteração do parágrafo segundo do art. 1.694, do art. 1.702, bem como dos arts. 1.704, 1.705 e 1.707, encontra-se arquivada desde 31 de janeiro de 2007, com base nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O mesmo ocorreu com o PL 6.960/02 (BRASIL, 2002) de autoria do deputado Ricardo Fiúza, cuja proposta visava alterar o art. 1790 do Código Civil. O projeto também foi arquivado, sendo que segundo o desembargador Santos (2003) o deputado está organizando um novo projeto de lei que unirá o PL 6.960/02, PL 7.160/02 e PL 7.312/02.

Por fim, tem-se ainda a esperança de que as alterações necessárias no âmbito do Direito Sucessório sejam atendidas em parte pela aprovação do PL 4.944/05 (BRASIL, 2005), do deputado Antonio Carlos Biscaia, o qual teve apensado o PL 5.538/05, de autoria do Deputado Zé Geraldo. A proposta versa sobre mudanças atinentes ao direito sucessório de cônjuges e companheiros, almejando um tratamento igualitário entre ambos.

Contando com o apoio técnico qualificado de membros do IBDFam, o PL 4.944/05 busca atender às demandas de alterações legislativas vislumbradas pelos operadores de Direito, diminuindo os conflitos de interpretação gerados em relação ao tratamento sucessório de relacionamentos com base no casamento e na união estável.

O projeto trouxe a necessidade de ampliação infraconstitucional do conceito de família e da alteração de alguns artigos bastante controversos do Código Civil, dentre eles o 1.829, disposto no capítulo I, do título II, que dispõe sobre a vocação hereditária. A versão sugerida é a seguinte:

Art. 1829. 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 dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os subrogados (BRASIL, 2005a).

A alteração legislativa proposta tende à harmonização do Código Civil, revivificando princípios constitucionais como o da igualdade de direitos e retificando a técnica legislativa utilizada no Código atual, que de

forma inapropriada aborda o Direito Sucessório das uniões estáveis em dispositivo isolado - vide Carvalho (2009) e Santos (2003). Dessa forma, atenta o autor da proposição legislativa que em havendo a aprovação da alteração no art. 1.829, haverá a necessidade de revogação do art. 1.790, visto que o direito sucessório do companheiro passará a ser disposto em localização própria no Código, saindo das disposições gerais.

Ao analisar a nova redação proposta ao artigo, identifica-se o cuidado dispensado ao elaborar a sugestão de alteração. As mudanças são relativas à criticada discriminação ao direito sucessório de acordo com o regime de bens estabelecido entre o casal. Conforme já abordado anteriormente, dada a configuração atual dos relacionamentos, não é cabível imaginar que antes mesmo de casar os nubentes terão como determinar a quantia a ser merecida pelo outro cônjuge quando da morte de um deles.

No inciso I, percebe-se ainda o atendimento a uma maior justiça em relação aos consortes, os quais são tratados de forma igual com relação à concorrência sucessória. Assim, além da eliminação da diferenciação relativa ao regime de bens, há uma equidade na ordem de vocação hereditária, sendo os companheiros trazidos à concorrência com descendentes e ascendentes. Por fim, não havendo nem ascendentes ou descendentes, cabe ao cônjuge ou companheiro o direito sobre todo o espólio.

Nos incisos II e III, o artigo mantém o espírito da lei, respeitando o Princípio da Afetividade e da Igualdade, adicionando ao companheiro o direito a concorrer na sucessão.

Já em relação ao parágrafo único, mesmo ainda na esfera propositiva, o projeto de lei já foi objeto de proposições substitutivas, demonstrando que não estará incólume a futuras discussões doutrinárias. Segundo o relator do projeto de lei, Guilherme Menezes (PT), cabe alteração no parágrafo único do art. 1.829, na tentativa de assegurar uma maior autonomia da vontade do casal. Justifica seu pensamento com afirmação do Desembargador Luiz Felipe Brasil, o qual adota posicionamento favorável à exclusão à vocação hereditária do cônjuge quando o casamento for regido pelo regime de separação de bens. A medida visa permitir a alternativa de excluir o outro membro do casal da concorrência com descendentes ou ascendentes. Dessa forma, o relator sugere um aprimoramento à redação ao artigo que, na sua proposta substitutiva adquire a seguinte escrita:

Art. 1829. 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. (NR)

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 (BRASIL, 2005b).

No mesmo sentido de atender ao Princípio da Igualdade entre companheiros e cônjuges, o relator ainda propõe a alteração no art. 544 do CC, incluindo os companheiros dentre os possíveis beneficiados pela antecipação de parte da herança.

No art. 1.830, adaptando-se à valorização do afeto nas relações, é extinta a necessidade de um tempo mínimo de 2 anos da separação fática, bastando o consorte estar separado de fato para que lhe seja impossibilitado o direito à sucessão. Importante ressaltar que apesar da exclusão no direito hereditário, o cônjuge e o companheiro mantem o direito à meação. Quanto ao artigo, a fim de dirimir possíveis divergências de interpretação, o relator propõe a inclusão da separação de direito, prevista por meio da separação judicial, regida pelo art. 1.576 do CC.

Assim, o projeto de lei busca diversas alterações no âmbito do Direito Sucessório reconhecendo a importância do papel dos companheiros nas relações familiares. Privilegia-se, portanto, aqueles que, normalmente, possuem um vínculo afetivo e um convívio mais próximo. Isso porque, conforme afirma Veloso (2008), na sociedade em que se vive, as relações de parentesco estão muito tênues, quando não até mesmo extintas, se pensarmos em parentes colaterais de 4º grau. Dessa forma, as pessoas com maior vínculo de afetividade com o hereditando passam a receber maior proteção pela legislação.

A proposta legislativa vem ao encontro do posicionamento que já vem sendo adotado em relação ao próprio direito real de habitação do companheiro, ratificado mediante aprovação do Enunciado nº 117 na I Jornada de Direito Civil, ocorrida em setembro de 2002. Além disso, também é corroborada a modificação da exclusão do separado de fato ao direito à herança. Segundo Cahali (2007, p.186), “Já nos posicionamos no sentido de que esta regra merece nova interpretação, privando o separado de fato do direito à herança”.

Por fim, em relação ao PL 674/07 que está em trâmite para regulamentação do art.226, §3º da Constituição Federal e união estável, instituindo o divórcio de fato, cabe fazermos um julgamento mais detalhado. Atualmente, o projeto possui apreciação conclusiva das Comissões de Seguridade Social e Família e Constituição de Justiça e de Cidadania (mérito e art. 54, RICD) e está aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara.

O projeto em sua origem apresenta-se bastante ousado em suas proposições. Isso porque modifica a concepção em relação ao entendimento de entidade familiar, define a união estável e o direito sucessório dos compa-

nheiros. Apresenta apensados a si, uma série de outros projetos de lei, entre eles o Projeto de Lei nº 3.780/08, de autoria do Deputado Fernando Lopes, que “modifica e acrescenta dispositivos da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, relativos à conversão de união estável em casamento e dá outras providências”, para alterar os arts. 1.641 e 1.726 do Código Civil, que tratam, respectivamente, de regime obrigatório de bens e de conversão de união estável em casamento. Além daquele, o Projeto de Lei nº 3.065/08, de autoria do Deputado Cleber Verde, que “acrescenta os §§ 1º e 2º ao art. 1.725 do Código Civil, que dispõe sobre o regime de bens adotados na união estável, estabelecendo-se que na hipótese de existirem as causas suspensivas constantes no art. 1.523 da mesma lei, o regime de bens adotado será obrigatoriamente o da separação total de bens, nos termos do art. 1641, incisos I e II”;

Na Comissão de Seguridade Social e Família, o projeto recebeu parecer favorável à aprovação de 28 emendas, relativas a matérias afetas ao Direito de Família e da Criança e do Adolescente. Dessa forma, o Estatuto das Famílias, sugestão legislativa inicialmente realizada pelo IBDFam, encontra-se atualmente como uma grande colcha de retalhos. Muito provavelmente o projeto receberá outras emendas, o que o tornará ao final irreconhecível.

O que se percebe é que continuarão as discussões em relação à extensão do art. 226, §3º da Constituição Federal, e a possível inconstitucionalidade do art. 63 do novo projeto de lei, o qual diz que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Interessante a inserção no projeto do reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, havendo equiparação à figura do cônjuge. Todavia, indefinida fica a continuidade dessa inovação legislativa, dadas as diversas alterações realizadas no projeto de lei. Cabe aguardarmos por uma prudente decisão dos legisladores; do contrário, continuará se discutindo a respeito da necessidade de igualar o tratamento entre cônjuges e companheiros.

6 DIREITO COMPARADO

O Direito Comparado serve como rica fonte de embasamento ao direito nacional, demonstrando o posicionamento adotado por ordenamentos jurídicos de diversos Estados. A fim de conceder uma visão abrangente do tratamento da relação entre cônjuges e companheiros em âmbito internacional, serão aqui apresentados alguns posicionamentos adotados ao redor do globo.

6.1 Na América Latina

Diversas propostas cogitadas em projeto de lei e apresentadas acima possuem embasamento na própria legislação dos países latino-americanos, que se encontram em estágio diferenciado quanto ao reconhecimento da equidade entre união estável e união conjugal.

Segundo Torres (2006, s.p.):

Na América Latina, surpreendentemente, as legislações mostram-se mais benéficas aos conviventes, sendo-lhes reconhecidos em alguns países como em Cuba, Guatemala, Panamá, Peru, efeitos similares ao matrimônio, desde que respeitadas algumas condições como durabilidade, estabilidade, singularidade. Outras nações como a Bolívia, a Argentina, o Paraguai e o México preveem alguns efeitos decorrentes de tais uniões, como alimentos, herança, presunção de paternidade.

O cenário atual apresenta uma série de avanços em termos de doutrina e jurisprudência correlatas à sucessão do companheiro. No momento, o Paraguai já apresenta regulamentações quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais, enquanto outros países caminham na mesma direção.

Assim, tendo-se em vista a legislação comparada, segundo a autora Soares (1999), no Paraguai, os artigos 83 a 94 da Lei 1.183 de 1986, reconhecem a união de fato (união estável) ou concubinato, cujo relacionamento seja estável, público e singular, sendo ambos capazes e sem impedimentos para casar. Para configurar a união de fato, no caso de não haver filhos do casal, é preciso a convivência por quatro anos consecutivos. Apenas quando existir por mais de 10 anos, a união estável é considerada como um matrimônio legal, recebendo os mesmos direitos sucessórios.

Na atual legislação portorriquenha, ao contrário da brasileira e paraguaia, não há previsão de direitos sucessórios ao companheiro. Todavia está sendo realizado um trabalho bastante complexo pela Comissão Conjunta Permanente para Revisão e Reforma do Código Civil de Porto Rico, com diversas sugestões de alterações normativas baseadas em legislação alienígena. O material destaca a necessidade de mudanças, propondo à comissão a aprovação de artigo que equipara os deveres e efeitos do casamento à união estável, seja de casais hetero ou homossexuais. Aquelas primeiras possuem embasamento nas legislações da Espanha, Bolívia e França; enquanto estas últimas, nas leis do estado de Vermont nos Estados Unidos, da Noruega, Islândia, Suécia e Portugal.

Em caso de morte de um dos companheiros, sugere a Comissão a alteração de artigo, no sentido de ser possível ao sobrevivente requerer a parte legítima correspondente ao cônjuge supérstite, não podendo esses direitos serem excluídos com base em acordo ou testamento.

No direito argentino, segundo Oliveira (2005), o cônjuge é tido como concorrente com os filhos deixados pelo falecido, obtendo a mesma cota de cada um deles, salvo quanto à parte dos bens comuns que tocaria ao cônjuge pré-morto. No concurso com os ascendentes, o cônjuge viúvo terá a metade dos bens próprios do falecido e também a metade dos bens comuns. A outra metade ficará para os ascendentes. Por ser herdeiro necessário, existe a reserva da legítima de 50% (para os filhos é quatro quintos e para os ascendentes, dois terços). Os colaterais, por sua vez, só receberão herança na inexistência do cônjuge.

Interessantes algumas previsões diferenciadas, como a norma excludente do direito sucessório do cônjuge na hipótese de, estando enfermo um dos consortes ao celebrar-se o matrimônio, vier a falecer dentro dos trinta dias seguintes, salvo se o casamento tiver se realizado para regularizar uma situação fática. Também é criativa a previsão do direito sucessório do cônjuge viúvo que permaneça neste estado e não tenha filhos, sobre a parte dos bens dos sogros, da cota que caberia ao seu esposo na referida sucessão.

No sistema chileno de sucessão, o cônjuge tem participação concorrente na herança com os filhos naturais, com os ascendentes e com os irmãos do falecido (OLIVEIRA, 2005). A herança é dividida em três partes: para os ascendentes em grau mais próximo, para o cônjuge e para os filhos naturais. Na falta de descendentes e ascendentes legítimos, sucederão os filhos naturais em três partes, o cônjuge sobrevivente em uma parte e os irmãos legítimos também em uma parte. Acaso não haja irmãos legítimos, sucederão, em partes iguais, os filhos naturais e o cônjuge. Concorrendo apenas cônjuge e irmão naturais, o primeiro recebe três quartas partes e os irmãos, uma quarta parte. Na falta dos citados parentes, a herança é integralmente entregue ao cônjuge, mesmo que tenha ocorrido o divórcio, desde que não tenha sido considerado culpado pela dissolução do matrimônio.

Na legislação cubana, ainda segundo Oliveira (2005), prevalece a regra da preferência para os parentes de grau mais próximo. A primeira classe, a dos descendentes, concorre com o cônjuge com porções hereditárias iguais. Não havendo descendentes, os pais do falecido são herdeiros, com a mesma concorrência em relação ao cônjuge sobrevivente. Não havendo descendente nem pais do autor da herança, o cônjuge é herdeiro exclusivo, além de ser herdeiro necessário, a exemplo dos descendentes e ascendentes do falecido, desde que não sejam aptos para o trabalho e sejam dependentes do autor da herança.

Cuba restringe o direito hereditário legítimo até o colateral de terceiro grau, que só recebe herança se não mais existir o cônjuge.

6.2 Na Europa

Na Europa, ainda é forte a tendência de privilegiar o cônjuge na ordem da vocação hereditária, através da concorrência com descendentes e ascendentes, que tradicionalmente se posicionam como herdeiros privilegiados. Da doutrina de Euclides de Oliveira(2005) se extraem os principais delineamentos das legislações que se seguem.

Portugal traz o cônjuge na concorrência com descendentes, e na falta desses, com os ascendentes, recebendo a totalidade da herança na ausência dos dois primeiros. Na concorrência entre cônjuge e os descendentes, ocorre a partilha por cabeça, com a preservação de uma cota não inferior a quarta parte da herança para o primeiro, independentemente do fato dos filhos serem comuns ou não. Tampouco se leva em consideração o regime de bens, que tem efeitos somente para o cálculo da meação. Não havendo descendentes, mas somente ascendentes vivos, o cônjuge sobrevivente recebe duas terças partes da herança, e os ascendentes a outra parte restante. O Código Civil português não faz referência a direitos sucessórios de companheiros.

O Código Civil Francês conserva a precedência sucessória dos descendentes, ascendentes em concorrência com irmãos ou seus descendentes (sobrinhos do falecido) e, em quarto lugar, o cônjuge como herdeiro exclusivo. Para esse, também caberá o direito de usufruto dos bens da herança na seguinte proporção: a) um quarto, quando os herdeiros são os descendentes do de cujus; b) metade, se os herdeiros são os irmãos ou seus descendentes (colaterais privilegiados) ou ascendentes. Sobre direitos de companheiros, a legislação francesa prevê o pacto civil da solidariedade (PACS) que pode trazer determinações sobre benefícios patrimoniais, mas nada estabelece em termos de direitos hereditários.

Pela legislação italiana, a categoria dos herdeiros legítimos inclui cônjuge, descendentes, ascendentes e irmãos do falecido em um complexo sistema de concorrência. Esta legislação inclusive distingue os direitos dos descendentes, de acordo com a origem da filiação. No concurso com os descendentes, o cônjuge tem direito à metade da herança, se há um filho, e a um terço, nos outros casos. Concorrendo com ascendentes ou com irmãos do falecido, o cônjuge fica com dois terços da herança. Na falta desses parentes, recebe a integralidade do patrimônio.

Na Espanha, o cônjuge somente será herdeiro na ausência de parentes na linha reta, afastando-se o direito da herança se estiver separado juridicamente ou de fato, por mútuo acordo, no momento da abertura de sucessão.

Curioso sistema é o Alemão, onde o cônjuge não consta em uma ordem específica, mas tem a qualidade de herdeiro concorrente, recebendo a quarta parte da herança se concorrer com parentes de primeira ordem (descendentes); e a metade se concorrer com herdeiros de segunda ordem (pais,

irmãos ou sobrinhos do falecido) ou com os avós. Não havendo esses parentes, recebe integralmente a herança. Na concorrência de segunda ordem, ou com avós, o cônjuge sobrevivente ainda tem direito de ficar com os objetos pertencentes ao lar doméstico matrimonial e os presentes de núpcias.

Todavia, situações fáticas existem independentes dos dispositivos legais e assim se sobrepõem, devendo o direito se adequar à realidade. Por esse motivo, segundo Grosman (2003), nos países em que não há regulação no Código, aplica-se às uniões estáveis, conhecidas como “sociedad de hecho”, a teoria do enriquecimento sem causa a fim de se obter algum apoio patrimonial.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo discutir o tratamento legislativo em relação ao direito sucessório de cônjuges e companheiros sob o prisma de princípios como o da equidade e da afetividade. Foi apresentado o histórico da assimétrica proteção legislativa concebida ao herdeiro concorrente, tanto na união estável, quanto no casamento.

Discorreu-se sobre a evolução da concepção de família, favorecendo-se a constituição de um núcleo familiar com base no afeto. Demonstrou-se mediante a jurisprudência, que o posicionamento dos julgadores, apesar de conflitante, direciona-se para o entendimento da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, sendo esse também o parecer exarado acerca do Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374, oriundo do TJRS.

Por fim, discutiu-se acerca da pertinência de proposições legislativas, destacando aspectos positivos e negativos das alterações sugeridas, realizando-se em momento seguinte, análise das legislações estrangeiras acerca do tema.

Conclui-se buscando ter contribuído para o debate da igualdade nas relações sucessórias entre cônjuges e companheiros. A adequação da posição sucessória desses entes deve levar em consideração a concepção contemporânea de família, bem como os princípios constitucionais e demais embasamentos teóricos e práticos. Esse reconhecimento é indispensável para a conscientização acerca das alterações legislativas e para a promoção de maior justiça no Direito Sucessório.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE PORTO RICO. Memorial explicativo del libro segundo. Las instituciones familiares. Disponível em: <www.codigocivilpr.net/documents/TituloXI.-Lasunionesdehechoylasunionesciviles.pdf>. Acesso em: 13 ago 2009.

BRASIL. Código Civil. **Novo Código Civil Brasileiro**: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante\obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai; prefácio do prof. Miguel Reale. 3. ed. ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e á sucessão. Diário Oficial [da] União. 30 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1994.htm>. Acesso em: 21 ago 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70029885456, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Data de julgamento: 22 de julho de 2009. Site do TJ-RS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 ago 2009.

BRASIL. Projeto de Lei 6.960. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244,246, 262, 273,281,283, 286, 294,299, 300, 302, 306,309,328, 338,369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480,482, 496,502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574,576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928,931, 944, 947, 949,950, 953, 954,966, 977,999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457,1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516,1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.professor-christiano.com.br/projetodelen6960de2002.pdf>>. Acesso em: 21 ago 2009.

_____. Projeto de Lei 4.944. Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável [2005a]. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/biscaia_IBDFAM.pdf>. Acesso em: 21 ago 2009.

_____. Substitutivo do Projeto de Lei 4.944. Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros [2005b]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MontarIntegra.asp?CodTeor=431534>>. Acesso em: 21 ago 2009.

_____. Projeto de Lei 4.947. Altera e revoga dispositivos do Código Civil, que dispõem sobre os alimentos [2005c]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=288152>>. Acesso em: 21 ago 2009.

_____. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Projeção da População do Brasil por Sexo e Idade para o Período 1980-2050 – Revisão 2004. Metodologia e Resultados. Estimativas Anuais e Mensais da População do Brasil e das Unidades da Federação: 1980-2020. Metodologia. Estimativas das Populações Municipais. Metodologia.* Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/metodologia.pdf>. Acesso em: 21 ago 2009.

CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões.** Francisco Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Dimas M. de. **Sucessão legítima do cônjuge e do companheiro no novo código civil.** Disponível em: <www.iptan.edu.br/revista/artigos/texto8.pdf>. Acesso em: 9 ago 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto.** Disponível em: <<http://www.paiseeparados.com/noticiasler.asp?id=485>>. Acesso em: 22 ago 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **Função social da Família.** Porto Alegre, v. 8, n. 39, p. 154-70, Dez./Jan., 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GROSMAN, Cecília. *El Mercosur y las Uniones de Hecho.* Disponível em: <<http://www.fundacionretonio.org.ar/contenidos/articulos/juris3.doc>>. Acesso em: 12 ago 2009.

HIRONAKA, Giselda M. F.N. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes: destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida na regra estampada na nova Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda_Concorrencia.doc>. Acesso em: 10 ago 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família.** Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 18 ago 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOTTA, Emerson Chaves. **A sucessão do companheiro sobrevivente: inconstitucionalidade do novo Código Civil.** Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos>>. Acesso em: 07 ago 2009.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002: uma abordagem à luz do Direito Civil-Constitucional.** *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p. 139-69, Jun/Jul., 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. **As entidades familiares.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_50/panteao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões.** 3. ed. ver. Atual. Rio de Janeiro, Forense: 2007.

SANTOS, Luiz F. B. **A sucessão dos companheiros no Novo Código Civil.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/sucessao.pdf>. Acesso em: 10 ago 2009.

SISTEMA DE TRAMITACIÓN DE PROYECTOS DEL CONGRESO NACIONAL. Boletín 4153-18. Disponível em: <<http://sil.congreso.cl/docsil/proy4547.doc>>. Acesso em: 12 ago 2009.

SOARES, Evanna. **O regime patrimonial do casamento e seus reflexos na sucessão hereditária.** Disponível em: <www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan20.pdf>. Acesso em: 12 ago 2009.

SOUZA, Renato Felipe. Anotações sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil Brasileiro. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 11, n. 53, p. 07-14, abr./maio, 2009.

TORRES, Larissa Fontes de Carvalho. União estável: considerações acerca do direito sucessório dos companheiros. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1238, 21 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9191>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

VELOSO, Zeno. **Sucessão do cônjuge no Novo Código Civil.** Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Sucessao.pdf>. Acesso em: 12 ago 2009.