UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE PB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EMANUELLE BATISTA SOARES

A COMPANHEIRA NO DIREITO DAS SUCESSÕES: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHAIRA EM CONCORRÊNCIA COM OS FILHOS HAVIDOS EM COMUM E EXCLUSIVOS DO *DE CUJUS*

CAMPINA GRANDE-PB
2011

EMANUELLE BATISTA SOARES

A COMPANHEIRA NO DIREITO DAS SUCESSÕES: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHAIRA EM CONCORRÊNCIA COM OS FILHOS HAVIDOS EM COMUM E EXCLUSIVOS DO *DE CUJUS*

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Msc. Valfredo Andrade Aguiar Filho

Campina Grande
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S676c Soares, Emanuelle Batista

A companheira no direito das sucessões [manuscrito]: uma análise sobre o direito sucessório da companheira em concorrência com os filhos havidos em comum e exclusivos do de cujus / Emanuelle Batista Soares.– 2011.

55 f.

Digitado.

Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

"Orientação: Prof. Me. Valfredo Andrande Aguiar Filho, Departamento de Direito Público".

1. Direito familiar 2. Direito sucessório I. Título.

21. ed. CDD 346.015

EMANUELLE BATISTA SOARES

A COMPANHEIRA NO DIREITO DAS SUCESSÕES: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHAIRA EM CONCORRÊNCIA COM OS FILHOS HAVIDOS EM COMUM E EXCLUSIVOS DO *DE CUJUS*

Aprovada em: 09/06/11

Prof. Msc. Valfredo Andrade Aguiar Filho / UEPB
Orientador

Profª. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira/ UEPB
Examinadora

Profª. Msc. Fernanda Isabela Oliveira Freitas / UEPB
Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico o presente Trabalho a minha mãe (*in memóriam)*, por seu exemplo de mulher íntegra e digna, e por todo amor e dedicação a mim ofertado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, autor da vida e de minha existência, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele.

A minha amada e inesquecível mãe Maria Eleuza *(in memóriam),* personagem principal desta jornada, que foi referência e exemplo para que eu me tornasse a pessoa que hoje sou e que por sua compreensão, dedicação e bondade, amarei pra sempre.

Ao meu pai, pelo apoio e incentivo à conclusão dessa tarefa.

Ao meu irmão querido, meus avós, tios, tias e toda minha família que, com muito carinho não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

A todos os professores que contribuíram para meu crescimento intelectual, em especial meu Orientador Valfredo Andrade Aguiar Filho, pela paciência com que me conduziu nesta pesquisa, por sua cooperação, admiro-o profissionalmente e como pessoa, desejo um dia possuir metade do seu conhecimento.

Aos amigos de curso: Clauberta Meyer, Crismara Lucena, Humberto Batista, João Batista Júnior e Luzia Darc, pela presença constante, anjos que Deus pôs em meu caminho, sem vocês com certeza a caminha teria sido mais árdua.

As minhas grandes amigas: Alyanna Feitosa, Juliete Medeiros, Raianne Luna e Renata Emanuelly, pessoas com as quais compartilhei meus momentos de angústias e fragilidade emocional, mas também com quem vivi as mais incríveis aventuras, obrigada pela compreensão e apoio nos momentos mais difíceis. Sou grata a Deus por nossa amizade, espero poder dividir alegrias como esta com vocês por muito mais tempo.

E por fim, a todos que de forma direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão deste trabalho.

“Sejam as leis claras, uniformes e precisas, porque interpretá-las é o mesmo, quase sempre que corrompê-las.” (VOLTAIRE)

RESUMO

O presente trabalho monográfico intitulado A Companheira no Direito das Sucessões: Uma análise sobre o direito sucessório da companheira em concorrência com filhos havidos em comum e exclusivos do *de cujus*, tem como objetivo primordial fazer um estudo sobre os direitos sucessórios dos casais que vivem juntos sem qualquer registro matrimonial (união estável). Busca-se primeiramente traçar de forma breve a evolução histórica entre a composição da família da antiguidade, o surgimento do concubinato até o reconhecimento da união estável, sendo realizado para isto um estudo das principais leis que contribuíram para que a modalidade da união estável viesse a ser resguardada por lei, saber, a Nova Constituição Federal ora vigente (1988), que tratou a união estável como família, igualando-a ao casamento; a Lei n° 8.971/94, que deu ao companheiro (a) o direito a alimentos, no caso de separação, o direito a meação sobre os bens deixados pelo falecido e ainda o direito real de habitação sob o imóvel considerado como residência familiar; a Lei n° Lei 9.278/96, que tinha como objetivo primordial regulamentar o texto do artigo 226, parágrafo 3°, da CF/88, trazendo consigo diversas modificações no âmbito sucessório, tais como a não comprovação de 5 anos de convívio. Procura-se ainda relatar sobre a questão da partilha no direito sucessório, sendo esta a forma de divisão processual dos bens do *de cujus* aos seus sucessores, demonstrando como tal divisão ocorre. Finalizando o trabalho em comento, será feito um estudo sobre a nova norma dos direitos sucessórios na união estável, tratada no artigo 1.790 do Novo Código Civil (2002), abordando uma das principais e polêmicas lacunas deixadas pela nova norma que é a questão da concorrência do companheiro sobrevivente com os filhos havidos entre o casal em concomitância com filhos exclusivos do finado. Sendo feita inclusive ainda menção ao novo projeto de modificação do artigo ora comentado (Projeto de Lei n° 6.960/2002), bem como apresentar soluções para os casos em que versem a lacuna contida no artigo acima referenciado.

PALAVRAS-CHAVE: União Estável, Sucessão do Companheiro Sobrevivente, Concorrência com Descendentes.

ABSTRACT

This monograph titled The Companion Woman to Law of Succession: An Analysis of the inheritance of companion woman in competition with children born in common and exclusive of the deceased mainly aims to do a study on the inheritance rights of couples living together without marriage registration (stable union). The aim is first to trace briefly the historical evolution of the family composition, from the rise of cohabitation to the recognition of stable union, studying the main laws which contributed to the safeguard of stable union by our juridical frame. Notably, the New Federal Constitution now in force (1988), treated the family as a stable union, equating it with marriage; Law No. 8.971/94, which gave the partner the right to food in case of separation, the right to participation in possessions left by the deceased and also the right to housing under the real property considered as the family residence, Law No. 9.278/96 , which aimed to regulate the primary text of the article 226, paragraph 3, of Federal Constitution/88, bringing several changes in succession, such as failing to demonstrate 5 years of living. Search focus on the issue of sharing in the inheritance law, which is the procedural form of division of property of the deceased to their successors, demonstrating how such division occurs. Finishing this work, a study will be done on the new rule of inheritance regarding the stable union, covered in Article 1790 of the New Civil Code (2002). Here we face a big controversy and the gaps left by the new legal code, ie, competition among the surviving partner with the children of born to the couple together with exclusive children of the deceased. Mention has being made to the project of modification of the commented article (Bill No. 6.960/2002), trying to present solutions for the cases that deal with the gap existent in the article referenced above.

KEY WORDS: Stable Union, Inheritance of Companion Woman, Competition wit

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....10
2 REFERENCIAL TEÓRICO.....12
2.1 *DO DIREITO SUCESSÓRIO E DA UNIÃO ESTÁVEL*.....12
2.1.1 UNIÃO ESTÁVEL: HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS.....12
2.1.2 CARACTERÍSTICAS DA UNIÃO ESTÁVEL.....18
2.1.3 DEVERES E DIREITOS DA UNIÃO.....22
2.2 *A PARTILHA NO DIREITO DAS SUCESSÕES*.....26
2.2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....26
2.2.2 PESSOAS QUE PODEM PEDIR A PATILHA.....28
2.2.3 ESPÉCIES.....29
2.2.4 PARTILHA EM VIDA.....31
2.2.5 PARTILHA DOS BENS INDIVISÍVEIS.....32
2.2.6 SOBREPARTILHA.....32
2.2.7 EMENDA À PARTILHA.....33
2.2.8 ANULAÇÃO E NULIDADE DA PARTILHA.....34
2.2.9 REGRAS QUE REGEM A PARTILHA.....35
2.2.10 CAUSAS DE RESPONSABILIDADE POR EVICÇÃO.....36
2.3 *DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA*.....37
2.3.1 DIREITO SUCESSÓRIO DO (A) COMPANHEIRO (A) SOBREVIVENTE.....37
2.3.2 A COMPANHEIRA EM CONCORRÊNCIA COM FILHOS HAVIDOS EM COMUM COM O "*DE CUJUS*".....45
2.3.3 A COMPANHEIRA EM CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES SOMENTE DO AUTOR DA HERANÇA.....46
2.3.4 COMPANHEIRA EM CONCORRÊNCIA COM FILHOS HAVIDOS EM COMUM E EXCLUSIVO DO AUTOR DA HERANÇA.....47
3 REFERENCIAL METODOLÓGICO.....50
3.1 *CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO*.....50
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....52
REFERÊNCIAS.....54

1 INTRODUÇÃO

A monografia em comento que tem como título: A Companheira no Direito das Sucessões: Uma análise sobre o direito sucessório da companheira em concorrência com os filhos havidos em comum e exclusivos do *de cujus*. Tem como objetivo geral fazer um estudo sobre a mais nova norma a tratar sobre o direito sucessório dos conviventes (artigo 1.790/2002), bem como suas lacunas e falhas, principalmente no que versa o direito sucessório da companheira em concorrência com a filiação híbrida, ou seja, os filhos havidos em comum, na constância da união, bem como com filhos exclusivos do falecido.

No que diz respeito à metodologia utilizada para a concretização do trabalho em comento, registra-se que foi utilizada a pesquisa bibliográfica, podendo ser classificada como uma pesquisa descritiva e explicativa, haja vista que se procurou descrever ou discorrer sobre o tema em comento, tendo como principais fontes as diversas doutrinas que versam sobre o tema, a jurisprudência, o ordenamento jurídico brasileiro, bem como as publicações de materiais que abordam sobre o tema e a legislação pertinente, pautando-se principalmente na Constituição Federal de 1988, no Código Civil Brasileiro de 2002, e nas Leis n° 8.971/94 e Lei n° 9.278/96.

O estudo em questão encontra-se dividido em três capítulos. A *priori* procurou-se traçar a evolução história das relações familiares, trazendo um conceito de família, o surgimento do concubinato, bem como a repercussão negativa que este novo corpo familiar trouxe na sociedade da época, haja vista que enquanto esteve em vigência o Código Civil de 1916, o concubinato não era aceito nem reconhecido como entidade familiar. Tendo tão somente conquistado proteção e respaldo legal com a validação da nova Carta Magna de 1988.

Trazendo ainda os direitos adquiridos com o advento das Leis n° 8.971/94 e Lei n° 9.278/96, a primeira proporcionando direitos a alimentos, meação e direito real de habitação sobre o imóvel utilizado como residência do casal, já a segunda inovou no que tange a não comprovação de período de 5 anos de convivência mínima, e a necessidade de morarem sob o mesmo teto.

No segundo capítulo será abordada a questão da partilha no direito sucessório, esta encontrando respaldo legal nos artigos 2.013 a 2.027 do Código Civil, 2002. Trazendo as pessoas que estão habilitadas a pedir à partilha que são os herdeiros necessários, o cessionário e os credores. Traçando as espécies de partilha, a saber: a partilha amigável, judicial, estes inseridos no artigo 2.013 do Código Civil/2002. As espécies de partilha, a saber: amigável e judicial. Abordar ainda a possibilidade que tem autor da herança em fazer a partilha de seus

bens em vida, ou por meio de testamento, por ato de última vontade, contanto que tais atos não venham a prejudicar a legítima dos herdeiros necessários (artigo 2.018).

Analisando ainda neste capítulo a questão da partilha dos bens indivisíveis, ou seja, aqueles bens que não podem ser objetos de divisão, bem como a sobrepartilha, que nada mais é do que a partilha de bens não partilhados antes. Finalizando este capítulo será tratado ainda as possibilidades de emenda a partilha, anulação e nulidade, e ainda as regres que regem tal instituto.

O terceiro e ultimo capítulo deste trabalho de final de curso versará primeiramente sobre o direito sucessório do companheiro sobrevivente, tratado no artigo 1.790 do Código Civil/2002, que segundo tal artigo se restringe aos bens adquiridos na constância da união estável e a título oneroso. Ressaltando ainda sobre a concorrência da companheira com os filhos havidos em comum, previsto no inciso I do artigo acima citado, tendo o parceiro sobrevivente direito a quota parte equivalente a que a lei atribuiu ao filho. Abordar também sobre a concorrência da companheira com os descendentes só do autor da herança (inciso II), cabendo ao convivente apenas metade do que couber a estes.

Apresentar o novo projeto de Lei (n° 6.960/2002) que tem como objetivo reformar o artigo 1.790 do Código Civil/2002, trazendo uma equiparação de direitos entre os cônjuges e os conviventes.

E por fim, será enfatizando ainda uma questão não trazida pelo artigo 1.790, que é a possibilidade de haver filhos em comuns e exclusivos do falecido, ilustrando as possibilidades oferecidas pelos principais doutrinadores civilistas, bem como novos meios de se resolver esta lacuna da lei.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 DO DIREITO SUCESSÓRIO E DA UNIÃO ESTÁVEL

2.1.1 UNIÃO ESTÁVEL: HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS

Preliminarmente faz-se necessário traçar o conceito de família que, de acordo com o artigo 226, da Constituição Federal de 1988, é à base da sociedade que merece total proteção estatal.

Entende Carlos Roberto Gonçalves que (2007, p. 1).: "a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social."

Sob uma ótica mais singela, poder-se-ia dizer que a família é o agrupamento de pessoas, ligados pelos laços consangüíneos, afetivos e amorosos, que juntos dividem o mesmo espaço físico, com idênticos interesses morais, tendo sempre em mente a intensificação dos laços de carinho, companheirismo, respeito mútuos e cumplicidade.

Na antiguidade observa-se que o contesto família só era constituído pelo casamento, que somente considerava como corpo familiar aquela que possuísse a figura paterna, a figura materna, e a prole. Com a evolução dos costumes, comportamentos e o modo de vida da sociedade contemporânea, as relações familiares foram adquirindo novas formas e modelos, passando a não ser mais constituída apenas pelo casamento, embora a lei assim determinasse.

Conforme Venosa (2005, p. 19), o conceito, a compreensão e a extensão da família entre os vários organismos sociais e jurídicos, são os que mais vêm se modificando no decorrer dos tempos. Isto devido ao desenvolvimento na mentalidade cada vez mais urbanizada e globalizada, que vem definindo modalidades familiares cada vez mais distintos daqueles vistos nas civilizações do passado.

Através das transformações ocorridas na realidade cultural das famílias brasileiras, no dia 15/12/2010, foi aprovado na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n° 2.285/2007, de autoria do Deputado Sérgio Barradas e elaboração do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Tal projeto é conhecido como Estatuto das Famílias, que após longas e democráticas discussões entre seus quase cinco mil sócios em todo país. O texto foi finalmente aprovado em caráter terminativo na CCJ – Comissão de Constituição e Justiça, sob a relatoria do Dep. Eliseu Padilha (PMDB-RS).

O objetivo primordial do Estatuto das Famílias é proteger juridicamente todas as formas familiares hoje existentes (casamento, união estável, famílias monoparentais, etc.), bem como a mais nova forma de relação familiar, as homoafetivas, que em 05 de maio de 2011 foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, por maioria absoluta como entidade familiar, sendo resguardadas pelos mesmos direito dos casais que convivem em união estável. (LOYOLA, Leandro e Humberto Maia Júnior. **O Supremo sai do armário**. 9/05/11. Revista Época. / R7 Notícias. **STF também reconhece união estável gay**. Disponível em: <http://www.r7.com>. Acesso em: 21/05/11).

Dentre novos modelos familiares daquela época surgia á união estável, que segundo o artigo 1.723, do Código Civil de 2002, pode ser entendida como a união livre entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Nesta perspectiva o autor Carlos Roberto Gonçalves conceitua a união estável como "a união prolongada entre homem e mulher, sem casamento" (Gonçalves, 2007, p. 539).

É relevante ressaltar que a convivência de casais sob o mesmo teto, sem Celebração Oficial de Matrimônio não é uma forma de convivência familiar recente, antes mesmo de ser reconhecida pela Carta Magna vigente no País e regrada pelo Direito de Família, esta modalidade familiar já era exercida por inúmeros casais, sob a nomenclatura de concubinato ou família ilegítima.

Monteiro (2004, p 30) traz em sua obra a diferença entre união estável e concubinato: "União estável é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros (Código. Civil, art. 1.723). Concubinato é a relação que não merece a proteção do direito de família, por ter caráter adulterino, denominados concubinos os seus participantes (Código. Civil, art. 1.727)."

O Recurso Extraordinário de n° 397.762, oriundo da Bahia oferece também a distinção entre companheira e concubina:

> **RE N° 397.762-BA**
>
> **RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**
>
> COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel.
> UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato.
> PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

O concubinato possui previsão legal no artigo 1.727, do código civil de 2002, podendo ser entendido não só como a união entre indivíduos que convivem sem casamento civil, mas também como a união de pessoas impedidos de casar (As Causas de impedimento estão previstas no artigo 1523 do Código Civil/ 2002). Divergindo deste modo, da união estável uma vez que esta ocorre sempre entre pessoas desimpedidas ou livres, separadas de fato ou judicialmente. É mister acrescentar que ao concubinato falta-lhe vocação hereditária, não cabendo a (o) concubina (o) direito algum aos bens do falecido.

Conforme Gonçalves (2007, p. 539): "A união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, caracterizada pela ""união livre"", foi durante longo período, chamado de concubinato. Para os efeitos legais, não apenas eram concubinos os que mantinham vida marital sem serem casados, senão também os que haviam contraído matrimônio não reconhecido legalmente [...]"

As relações concubinárias não eram benquistas na esfera social, sendo considerado um meio ilegal de vivência. Isto porque até os anos 80, as relações familiares eram regidas pelo Código Civil de 1916, que reconhecia como família juridicamente protegida apenas aquelas derivadas do casamento civil, ou popularmente conhecido como “casamento de papel passado”. O Código retro citado impedia inclusive que o homem casado beneficiasse a concubina com qualquer tipo de doações, testamento ou com a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Diante do crescente número de relacionamentos não matrimoniais, permanentes e públicos, sem qualquer impedimento, o direito e o legislador não podendo mais permanecer inerte a tal citação, passou a se preocupar em proteger juridicamente tais relações tanto em vida, no tocante a separação, bem como em face do falecimento de um dos parceiros.

Porém, somente no final da década de 70, após as diversas modificações no âmbito social e diante do grande número de casais convivendo sem registro matrimonial, foi que relações concubinárias começaram a adquirir seu espaço. Este primeiro marco na histórica ocorreu com o advento da Lei n° 6.515/77 (Lei do Divórcio), amparada pelo artigo 57, parágrafo 2° da Lei dos Registros Públicos - Lei n° 6.015/73, que resguardou o direito da companheira no que diz respeito ao patrimônio do parceiro falecido.

No entanto, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, mesmo que o casal convivesse sobre o mesmo teto, e tal união fosse pública e notória, ainda assim não era suficiente para que a “concubina” tivesse direito à parte do patrimônio adquirido com o companheiro que viesse a óbito. Para tanto, além dos requisitos anteriormente citados, ela

deveria demonstrar que existiu uma sociedade de fato com o falecido, ou seja, deveria comprovar que houve seu esforço comum para a construção do patrimônio.

O entendimento anteriormente abordado está previsto na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*, “comprovada à existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Não havendo a comprovação do esforço comum na construção do patrimônio, a jurisprudência previa a concubina apenas o direito de ser indenizada por serviços prestados, como se fosse uma forma de remuneração pelo tempo em convívio dedicado ao parceiro (como auxiliar de serviços, doméstica, gerência do lar e etc.).

A este respeito Venosa (2005, p. 148), predispões que "Quando não se atribuía parte do patrimônio pelo esforço comum, a jurisprudência concedia indenização à concubina a título de serviços domésticos prestados”.

O objetivo primordial do assunto ora comentado diz respeito aos casos de concubinato em que somente um dos conviventes exerce atividade profissional e adquire patrimônio deste trabalho, ou ainda os casos em que apenas um deles possui algum bem e este foi adquirido antes do início da relação, já o outro companheiro realiza somente as atividades do lar, não contribuindo de forma direta à construção do patrimônio comum, mas se dedica ao concubino na relação afetiva, no cuidado mútuo, na vida a dois, no respeito e companheirismo. Nestes moldes, seria injusto que depois de anos de dedicação e entrega ao relacionamento não lhe coubesse absolutamente nenhuma indenização pelo término da união.

Com a vigência da nova Carta Magna Brasileira, promulgada em 5 de Outubro de 1988, a união estável recebeu reconhecimento de fato e de direito como entidade familiar. O legislador Constitucional visando encerrar as inúmeras desigualdades existentes entre as relações matrimoniais e o antigo concubinato, bem como adequar o texto constitucional à evolução social da época, inseriu em seu corpo o artigo 226, parágrafo 3°, que dispõe: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Por força do artigo acima, o termo concubinato foi totalmente abolido e a união estável adquiriu forma legítima e poder constitucional, encontrando-se tais casais com seus direitos juridicamente resguardados. No entanto, ainda era preciso ser promulgada lei específica que viesse a dar aos conviventes direitos a alimentos, a herança e a partilha de bens adquiridos enquanto perdurou a união.

Somente seis 6 (seis) anos depois, mais precisamente em 30 de dezembro de 1994,

tornar-se-ia pública a lei que concederia aos companheiros direito a alimentos, a Lei nº 8.971/94 previa em seu artigo 1º que: "A companheira comprovada de um homem solteiro, separo judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 anos (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25, de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade".

Por meio da lei retrocitada a companheira passou a ter direito a alimentos, desde que comprovasse convivência há mais de cinco anos ou que tivesse filhos com o companheiro. Já o artigo 2º da mesma lei disciplinou quanto aos direitos sucessórios aos companheiros, *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 cujos, se houver filhos ou comuns;
>
> II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
>
> III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

O artigo 3° tratou do direito de meação do (a) companheiro (a) quantos aos bens deixados pelo autor da herança, desde que este (a) tenha colaborado na aquisição dos bens. Já o parágrafo único, do artigo 7° trouxe o direito real de habitação: Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

A norma em comento trouxe ainda o direito do sobrevivente gozar do usufruto sobre parte do patrimônio do *de cujus*, diversificando a porcentagem nos casos de haver herdeiros descendentes ou ascendentes. Neste caso, havendo herdeiros descendentes, a companheira sobrevivente terá direito a ¼ do patrimônio hereditário, já nos casos de haver apenas herdeiros ascendentes, terão direito a ½ dos bens. Importante ressaltar que fará jus a herança enquanto não constituir nova união.

Dois anos após, o Presidente da República da época, Fernando Henrique Cardoso, promulgaria uma nova lei que trataria de igual modo dos direitos sucessórios dos conviventes. A Lei 9.278/96, que tinha como objetivo primordial regulamentar o texto do artigo 226, parágrafo 3°, da Constituição Federal/88, que trouxe consigo algumas modificações no âmbito sucessório.

Uma das principais inovações sem dúvidas foi a não exigência de comprovação de no mínimo 5 (cinco) anos de convivência, e ainda o requisito da coabitação. Uma vez que o texto trazido pelo artigo 2º da referida lei, não prevê o dever dos parceiros morarem sob o mesmo teto. Outra mudança plausível ainda foi o direito do companheiro sobrevivente coabitar no imóvel (direito real de habitação) que era utilizado como residência familiar do casal, em caráter vitalício, desde que o convivente sobrevivo não venha a constituir nova união ou casamento (artigo 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96).

Segundo Gonçalves (2009, p. 169) com o advento da Lei n° 9.278/96 não mais se exigiam todos esses requisitos para caracterização da sociedade de fato, pois o seu art. 1° reconhecia como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituir família. Bastava a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, com a formação do patrimônio.

Sendo um dos conceitos de família, a vontade de ambos os constituintes em permanecer unido, com a pretensão de juntos alicerçarem uma vida baseada no companheirismo, fidelidade, compreensão e principalmente tendo em mente a intensificação dos laços de carinho e amizade surgidos na constância de sua relação, terão por vezes, estes , o intuito único e exclusivo de manterem viva a ligação que ambos construíram, tendo em vista a característica principal do que se configuraria de fato por relação familiar.

Entretanto, o legislador ao elaborar o artigo 1.723 do Código Civil/2002, deixou margem o entendimento que a questão financeira se sobressairia aos princípios que de fato justificam a existência do que chamamos de família.

Assim, fica claro que se caso um casal vier a manter uma convivência pública, contínua e duradoura, no qual apenas um dos companheiros possua um acervo patrimonial, e que outro realize apenas atividades domésticas, sem nenhum interesse de acréscimo financeiro, esta espécie acabaria sendo excluído no momento da sucessão o que se demonstra uma clara de visão normativa decadente.

Superado tal raciocínio, urge salientar ainda que muitas críticas ocorrem por parte dos doutrinadores no que tange a revogação ou não da Lei de 1994 com a promulgação da norma de 1996. A maioria dos doutrinadores tem o entendimento de que se o legislador da Lei 9.278/1996 se omitiu quanto ao direito real de habitação, e estando o referido benefício devidamente elucidado no artigo 2° da norma anterior, a nova lei não *ab rogou* a norma de 1994, continuando vigente naquilo em que a legislação posterior não modificou (artigo 2º da Lei 8.971/94).

Com o advento do Código Civil de 2002, as leis posteriores foram revogadas no

tocante as mesmas matérias, permanecendo tão somente em vigor o parágrafo único do artigo 7, da Lei 9.278/96, uma vez que o código civil ora vigente não tratou do direito real de habitação sobre o imóvel residencial dos conviventes quando um deles vier a óbito.

A Previdência Social também foi um marco na conquista de mais um direito do (a) companheiro (a), quando inseriu em seu Plano de Benefícios de Pensão por Morte, a possibilidade de um dos conviventes quando do falecimento do outro requerer e receber benefício de prestação continuada, ficando resguardada após a morte de seu companheiro. Bastando para isto, a comprovação de que viveu em união estável com o *de cujus*, e que dependia deste financeiramente.

Outras inovações foram trazidas com o advento do novo Código Civil de 2002, que passou a vigorar desde o dia 11, de janeiro de 2003. A norma supracitada veio estabelecer direitos sucessórios a (o) companheira (o), no tocante aos bens adquiridos pelos conviventes na constância da união (artigo 1.790 do Código Civil).

A legislação supracitada estabeleceu apenas um único artigo para tratar dos direitos sucessórios dos companheiros, que de acordo com a interpretação da norma, o regime de bens a ser considerado em tais relações é o da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros, estipulando partilha de bens de forma diferenciada (artigo 1.725 do Código Civil).

A possibilidade dos companheiros convencionarem partilha de bens diversos da prevista no artigo 1.723, está diretamente relacionada ao Princípio da autonomia da vontade contratual, no qual se configura como a liberdade ou poder que tais casais possuem de entre acordo celebrar contrato.

Para que possam determinar regime patrimonial diverso, os conviventes devem celebrar Contrato de Convivência, que além de estipular qual regime de bens o casal irá aderir, traz o caráter de segurança à união e constitui prova concreta nos casos em que esta convivência venha a se desfazer.

Silvio Rodrigues (2004, p. 282) ensina que quando o assunto versar sobre efeitos patrimoniais deverá ser aplicado naquilo que couber o regime de comunhão parcial de bens (artigo 1.725 do Código Civil). Deste modo, nos casos que houver quebra do vínculo de convivência ou morte de um dos companheiros, serão partilhados apenas os bens que foram adquiridos de forma onerosa pelo casal na constância da união, como se casados fossem.

2.1.2 CARACTERÍSTICAS DA UNIÃO ESTÁVEL

Levando em consideração o contido no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, pode-se dizer que as principais características para o reconhecimento da união estável são: a distinção de sexos, a convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituir família.

Sob a distinção de sexos pode se dizer que tanto o casamento, como a união estável só podem ser formadas entre homem e mulher, entre pessoas do sexo oposto, ficando excluídos os relacionamentos entre indivíduos do mesmo sexo (homoafetivos), uma vez que as relações homossexuais ainda não têm previsão na legislação brasileira que as resguardes.

Ademais, a própria Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 3° é taxativa em dizer que *"é reconhecida a união estável entre homem e mulher"*. Tal texto de igual modo está expresso nas leis nº 8.971/94 e Lei n° 9.278/96, não deixando qualquer margem de dúvida quanto à admissibilidade ou possibilidade de ser considerada como entidade familiar a união entre casais de sexos idênticos.

Este era o entendimento até abril de 2011, no dia 5 de maio de 2011, foi aprovado por unanimidade de 10 ministros votantes no Supremo Tribunal Federal-STF, que decidiram por reconhece a união de casais do mesmo sexo como entidades familiares, dando a estes os mesmos direitos que anteriormente eram inerentes apenas aos casais de sexo oposto. A partir de tal reconhecimento os conviventes de mesmo sexo, podem ter direito a pensão por morte, inclusão em plano de saúde, dependentes em algumas entidades, o dever de alimentos, direito de herança, entre outros. (LOYOLA, Leandro e Humberto Maia Júnior. **O Supremo sai do armário**. 9/05/11. Revista Época. / R7 Notícias. **STF também reconhece união estável gay**. Disponível em: http://www.r7.com. Acesso em: 21/05/11).

Diante disto, em alguns meses haverá nova reforma no Código Civil ora vigente, sendo revogados aqueles artigos do Código e demais normas que determinam como requisito para reconhecimento da união apenas casais de sexos opostos.

Outra característica da união estável é a convivência pública, que de acordo com este requisito para que a união estável possa ser configurada é indispensável que os conviventes se apresentem aos membros de sua família, bem como a toda a sociedade como se fossem marido e mulher. Devendo agir com publicidade e notoriedade, de modo que a convivência entre eles demonstre uma relação constituída pelo casamento, embora na realidade seja "informal". O que não pode haver nestes casos é o sigilo, sob pena de não comprovação da união em juízo.

Sob o tema Washington de Barros (2004, p. 33) explana que: "A união não pode conservar-se no sigilo. O segredo tem como conseqüência o desconhecimento do fato e, posteriormente, a dificuldade de sua comprovação em juízo. Relações clandestinas vedadas

aos olhos da sociedade não constituem união estável”.

Há ainda o requisito da contínua e durabilidade que se configura como uma das características mais importantes da união estável, haja vista que é por meio delas que a entidade familiar é denominada “ESTÁVEL". A lei 8.971/94 estabelecia como requisito de reconhecimento de união estável o prazo mínimo de 5 (cinco) anos de convivência, porém com o advento da Lei 9.276-96, não há mais um tempo mínimo a ser comprovado, ainda assim deve haver a estabilidade e sua permanência sem interrupção, ou grandes afastamentos.

Isto porque assim como ocorre separações e desentendimentos nas relações matrimoniais, de igual modo pode ocorrer na união estável, porém tal separação não pode acontecer por um longo período de tempo, de modo que tais interrupções não provoquem o desconhecimento do relacionamento na sociedade.

O requisito da continuidade nada mais é do que uma complementação da estabilidade, esta pressupondo que a relação deve sempre ser contínua, isto é, sem grandes interrupções e sobressaltos. Isto porque nem sempre uma interrupção ou separação no relacionamento acarretará no afastamento do reconhecimento da união. Com isso a continuidade, dependerá muito da prova que for apresentada em juízo, sendo, portanto, variável em cada caso concreto (VENOSA, 2005, p. 59).

Deve haver ainda o objetivo de constituir família, a *priori,* é relevante acrescentar que o termo constituir família, não necessariamente indique que para a caracterização tenha que haver filhos entre o casal. O elemento ora abordado, está relacionado aos interesses que o casal construirá em comum, bem como ainda a vida em comum.

Diante disto, ficam excluídas do contesto de união estável os relacionamentos passageiros, bem como aqueles de caráter meramente afetivo e as relações sexuais, mesmo que a logo prazo, isto devido ao seu caráter corriqueiro, que não criam na sociedade a aparência de casamento, bem como não preencherem o requisito da coabitação.

O namoro de igual modo também não é considerado união estável, mesmo aqueles de longa data. Embora possuam a pretensão de futuramente se unirem e constituir familiar, este tipo de relacionamento não preenche o requisito da coabitação, ou seja, o casal não tem uma vida a dois sob o mesmo domicílio, nem se apresentam a população como marido e mulher.

Washington de Barros (2004, p. 31) leciona que a coabitação é via de regra, elemento primordialmente indispensável para que haja a caracterização da união estável, mesmo sem expressa previsão legal.

A coabitação possui exceção trazida através do artigo 2° da Lei 9.278/96, segundo o qual não prevê como concretização de companheirismo o dever do companheiro e da

companheira viverem sob o mesmo teto, entretanto, deverá os conviventes comprovar motivo justificável e plausível para viverem em domicílios separados. Tal entendimento é facilmente suprido, nos casos de casais que precisam se deslocar para localidades distintas por motivo de exercício profissional.

Há ainda outras características previstas em lei que devem ser seguidas para o reconhecimento da união estável, entre eles estão: capacidade civil entre ambos os casais, a inexistência de impedimentos para o matrimônio e a relação deve ser monogâmica.

A capacidade civil é adquirida conforme o artigo 5°, *caput*, do Código Civil de 2002, quando o indivíduo completa 18 anos de idade completos, cessando assim, a menoridade e dando ao sujeito a capacidade de praticar todos os atos da vida civil. Porém, há exceções a esta regra contidas no parágrafo único do mesmo ditame legal, que trás as hipóteses de emancipação, ou maioridade antes dos 18 anos completos, ocorrendo pela concessão de ambos os pais, ou de apenas um deles mediante instrumento público (I), cessa ainda pelo casamento (II), exercício de emprego público efetivo (III), pela colação de grau em curso de ensino superior (IV), e por último com o estabelecimento civil ou comercial (V).

Assim, em via de regra, para que homem e mulher possam vivem sob o mesmo teto a luz da união estável, é preciso obedecer ao mesmo requisito previsto para o casamento, a saber, a maioridade civil, que no Brasil é adquirida aos 18 anos completos. No entanto, para Washington de Barros (2004, p. 34), diferente do que ocorre no casamento entre pessoas de 16 anos, que precisam de consentimento de ambos os pais (Artigos 1.517 a 1.519 do Código Civil/2002), na união estável não há tal previsão, o casal pode se unir livremente aos 16 anos, sem qualquer autorização, isto porque o casamento se realiza por meio de um único ato (o enlace matrimonial) enquanto que, a união resulta de vários fatos.

Outra característica imprescindível para configurar a união estável é a inexistência de impedimentos para o matrimônio. Assim como no casamento, para que o casal conviva juntos em união estável, e para que tal união seja reconhecimento não pode ocorrer qualquer causa de impedimento, este entendimento está previsto no artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil. Tal norma determina que deve ser obedecidas as causas de impedimento previstas no artigo 1.521 do Código Civil em vigor, exceto o inciso VI, no caso de pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

As causas de impedimento previstas no artigo retro citado são: não pode casar ascendentes com descendentes, seja o parentesco natural ou civil (inciso I), os afins em linha reta (inciso II), o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi do adotante (inciso III), os irmãos unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau

(inciso IV), o adotado com o filho do adotante (inciso V), as pessoas já casadas (inciso VI), o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (VII).

Deste modo, estão impedidos ou proibidos por lei de conceber núpcias e/ou viverem em união estável os pais com os filhos, sejam estes adotados ou naturais; sogro e nora, sogra e genro; padrasto e enteada, madrasta e enteado, ainda que tenha ocorrido a dissolução da união anterior, haja vista que o parágrafo 2° do artigo 1.595, do Código Civil é explícito em afirmar que nem mesmo com a dissolução do casamento ou da união estável, extingue-se a afinidade. De igual modo ocorre na causa impeditiva prevista no inciso III, haja vista que se tratar de afinidade em linha reta entre o cônjuge do adotante e o adotado, que pela nossa Constituição Federal/1988, são equiparados aos filhos legítimos. (CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. 2011. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 21/05/11).

O impedimento de união entre irmãos ocorre devido causas não apenas morais, por se configurar as chamadas uniões incestuosas, mas também por motivos genéticas, haja vista que a união de tais indivíduos geraria uma prole com conseqüências genéticas. O mesmo impedimento atinge os filhos adotivos com os filhos do adotante, embora não haja ligação consangüínea entre eles, são reconhecidos legalmente como irmãos. No que diz respeitos as pessoas casadas, o impedimento ocorre porque se configuraria bigamia, que não é permitida por lei e na esfera social no nosso País. (CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. 2011. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 21/05/11).

Registre-se ainda que todas as causas de impedimentos contidas acima visam a não agressão à ordem pública, bem como a moral e aos bons costumes da sociedade.

O último requisito para reconhecimento da união estável é que a relação seja monogâmica, assim como ocorre no casamento que prevê relações monogâmicas, a união estável também deve obedecer ao mesmo parâmetro da unicidade de companheiro (a), isto porque no nosso país e praticamente em todo o ocidente a bigamia se configura como atitude ilegal e imoral.

Destarte, não será admitido que pessoa casada, não separada de fato constitua união estável, bem como que a (o) companheira (o) que já tem relacionamento estável, venha de igual modo a constituir união com outro (união desleal), ocorrendo tais casos estarão estes casais cometendo adultério, ou concubinato adulterino.

2.1.3 DEVERES E DIREITOS DA UNIÃO

As relações de convivência prevêem ainda segundo o artigo 1.724, do Código Civil o dever de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos (direitos estes, também inerentes aos cônjuges).

Ainda segundo o artigo 1.566, do Código Civil, em seus cinco incisos atribui como deveres mútuos dos companheiros: o dever de fidelidade recíproca, a vida em comum e no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos e por último o respeito e consideração mútuos.

Embora o referido artigo trate sobre direitos dos cônjuges, devem ser de igual modo, seguidos pelos que convivem em união estável, já que esta modalidade familiar assemelha-se ao casamento em quase todas as condições, exceto por não contraírem o ato solene do casamento. E mais, a própria Constituição Federal em seu artigo 226, § 3º, equipara a união estável ao casamento, corroborando assim o entendimento de que a norma em comento obrigatoriamente deve configurar a vida do casal.

A fidelidade deve ser observada e seguida por ambos os participantes da relação, uma vez que a união estável assim como o casamento não admite o adultério, somente permitindo a monogamia. Importante ressaltar que a obrigação de lealdade, respeito e assistência devem ser praticadas também por ambos os companheiros, ou seja, são deveres mútuos.

A assistência está prevista ainda no artigo 1.566, inciso III do Código Civil, que determina como dever dos cônjuges aqui se leia companheiros, o dever de assistência mútua. Esta se configura na obrigação de prestar ao outro o auxílio material e o auxílio moral.

O auxílio material pode ser entendido como o deve de ambos os conviventes auxiliar economicamente o outro de forma recíproco. Assim, o pagamento das despesas no âmbito familiar, tais como, habitação, alimentos, saúde e lazer, devem ser prestando por ambos.

Já o auxílio moral configura-se como o respeito, o amor, o companheirismo e a compreensão nos momentos difíceis do relacionamento, mas também auxílio moral. Sob auxílio moral, ou imaterial, Monteiro explicita que é a preservação dos direitos a personalidade, tais como: vida, integridade física e psíquica, honra liberdade e segredo (MONTEIRO, 2004, p. 45/46).

O artigo 1.724 do Código Civil prevê ainda o dever de sustento e educação dos filhos, que se concretiza na guarda e cuidado que ambos os pais devem ter com sua prole, dando-lhes proteção moral e assistencial. Observe que este artigo não menciona se os filhos devem ser havidos da união, ou só de um dos conviventes. O ensinamento trazido pelo artigo é a questão dos pais oferecerem a seus filhos a devida educação, seja esta no lar, ou no dever de colocá-los em escola, bem como deve haver a orientação e guarda, mesmo que a relação venha a se

desconstituir.

No caso de dissolução da união o Código Civil, assim como ocorre nos relacionamentos matrimoniais, prevê alguns direitos a(o) companheira(o), a saber: alimentos, meação e herança. O artigo 1.694, do Código Civil/2002, garante o direito a alimentos, bastando para isto a comprovação de sua necessidade, e o valor será estipulando de acordo com os recursos da pessoa obrigada.

A dissolução da união estável pode ocorrer de forma escrita, ou por meio de acordo mútuo entre as partes. Ocorrerá a dissolução de forma escrita por meio de decisão judicial, que discorrerá a respeito da partilha dos bens havidos em comum, o direito a alimentos a quem necessitar e a guarda dos filhos. (MONTEIRO, 2004, p. 50).

Não havendo acordo entre as partes, cada um individualmente pode ajuizar ação ordinária decretando o termino da união. Nestes casos, deverá o juiz decidir e fixar a quem caberá a guarda dos filhos, o direito a alimentos e a partilha de todos os bens que foram adquiridos no âmbito da união. (MONTEIRO, 2004, p. 50).

O direito a alimentos não é recente, desde os anos sessenta, com a vigência da Lei n° 5.478//68, os cônjuges ou os casais em união estável, podem requerer a ação de alimentos, a aqueles que deixarem o âmbito familiar (art. 24). Importante ressaltar que a legislação de 1968 prevê inclusive que o desconto da pensão ocorra em folha de pagamento (art. 17).

A meação diz respeito ao direito do(a) convivente a todos os bens que foram adquiridos a título oneroso na constância da união (artigo 1.725 do Código Civil/2002). Seguindo a determinação do artigo anteriormente citado, havendo a dissolução da união estável, ocorrerá a divisão dos bens adquiridos na permanência da união em partes igualitárias e de forma mais justa para ambos. Do mesmo modo, havendo o falecimento de um dos partícipes da relação de convivência, o sobrevivente terá direito a meação dos bens deixados pelo autor da herança, quando resultarem de mútua colaboração da construção do patrimônio. (artigo 3° da Lei 8.971/94 c/c artigo 1.790, do Código Civil/2002)

Por último, a sucessão, que ocorrerá quando do falecimento de um dos conviventes, onde o outro terá direito aos bens obtidos onerosamente enquanto perdurou a relação, em concorrência com a prole, os ascendentes e colaterais. Podendo fazer jus a totalidade da herança nos casos em que não houver nenhum parente do *de cujus.* Os seguintes direito foram determinados com a vigência do Código Civil de 2002.

Por fim, merece destaque ainda o artigo 1.726, do Código Civil/2002, que prevê a possibilidade da conversão da união estável em casamento, bastando para isto solicitação do casal ao juiz e requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do seu domicílio.

A Carta Magna em vigência determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento (artigo 226, parágrafo 3°).

De igual modo, a Lei 9.278/96, já regulamentava o dispositivo constitucional, dando a possibilidade dos casais em união de convivência requerer a qualquer tempo a conversão desta união em casamento, através de seu comparecimento ao Cartório de Registro Civil do domicílio e requerer o casamento. (VENOSA, 2005, p. 66).

2.2 A PARTILHA NO DIREITO DAS SUCESSÕES

2.2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Preliminarmente é importante frisar que a partilha só ocorrerá após a abertura da sucessão e quando encerrado o processo de inventário, estes institutos por sua vez incidem por meio do óbito do autor da herança.

A partir do momento que ocorre o óbito do *de cujus* o acervo de bens deste transmitir-se-á aos herdeiros legítimos e/ou testamentários de forma direta, que recebem a posse e a propriedade de todo o acervo deixado pelo finado (CAHALI e HIRONAKA, 2003, p. 499).

Do entendimento acima repousa o Princípio da *Saisine,* no qual a propriedade e a posse da herança são transmitidas pelo próprio defunto com sua morte (GONÇALVES (2009, p. 19).

Tal princípio está previsto no artigo 1.784 do nosso Código Civil, que é claro em dizer que os bens são transmitidos aos herdeiros desde o momento da abertura da sucessão, esta por sua vez ocorrendo no instante da morte autor da herança.

Embora ocorra a transmissão de bens aos herdeiros, o acervo, no entanto, permanecerá indivisível, pertencendo a todos os herdeiros de forma una ou conjunta, haja vista que todos possuem igual direito sobre o patrimônio do falecido. Neste caso, serão regulamentados pelas normas relativas ao condômino até que termine o processo de partilha, que põe fim a indivisibilidade dos bens (parágrafo único do artigo 1.791, Código Civil).

Apenas após o encerramento do inventário ou arrolamento de todo o patrimônio deixado pelo finado, bem como depois de se especificar quais são os sucessores, seguir-se-á partilha, que nada mais é que, a divisão dos bens entre os herdeiros e legatários, (DINIZ, 2005, p.398).

Importante ressaltar que a indivisibilidade é chamada de comunhão *pro indiviso*, após o processo de partilha que identifica e denomina a parcela que cabe a cada um dos sucessores, estes passam a serem os titulares do quinhão que couber a cada um deles, a isto se chama comunhão *pro diviso* (GONÇALVES, 2009, P. 528).

O instituto da partilha possui respaldo legal nos artigos 2.013 a 2.027 do Código Civil de 2002, que trata das pessoas capacitadas a pedirem a partilha, os tipos de partilha, as garantias e quinhões hereditários, bem como os casos de anulação da partilha.

E pode ser entendida como o procedimento judicial de repartição, divisão e distribuição dos bens deixados pelo falecido, devendo para tanto ser identificado os limites e a quota que

caberá a cada um dos herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários. (CAHALI e HIRONAKA , 2003, p. 499/500).

O primeiro artigo do Código Civil inerente a partilha (artigo 2.013), oferece aos herdeiros, sejam eles legítimos, testamentários, ou cessionários, a faculdade de requererem a qualquer tempo à partilha dos bens, ainda que o testador a proíba, cabendo igual faculdade aos cessionários e credores.

Nos casos em que houver apenas um único herdeiro do falecido, segundo o parágrafo 1° do artigo 1.031, do Código de Processo Civil, deverá ocorrer à adjudicação dos bens, que nada mais é do que o ato judicial que declara e transfere a propriedade de um determinado bem de uma pessoa a outra. Neste caso, o patrimônio do *de cujus* será transmitido por inteiro para o seu herdeiro, já que este é herdeiro uno.

Em outras palavras, ele herdará todo o acervo de bens deixado pelo defunto. Isto ocorre porque a partir do momento que falece o autor da herança e é aberto o processo sucessório, o domínio de todo o patrimônio do falecido é transferido para os seus herdeiros. A partilha serve apenas para definir a quota-parte que caberá a cada um dos herdeiros segundo a ordem de vocação hereditária, mas antes disto os bens ante já são deles por direito, só se encontram indivisíveis.

No que diz respeito à natureza jurídica da partilha, a grande parte doutrinária defende a ideia de que seja ela declaratória, não sendo nem transmissiva, nem atributiva, tendo em vista que a transmissão do patrimônio do *de cujus* ocorre com o óbito e por meio da abertura da sucessão. (GONÇALVES, 2009, p. 530).

A partir deste instante, os seus herdeiros já são detentores do acervo de bens, ainda que de forma integral, somente ocorrendo à divisão do quinhão de cada um com a partilha. Por isto é que ela é considerada meramente declaratória, porque apenas declara o montante daquilo que couber a cada um dos herdeiros do finado.

Ressalte-se ainda que na partilha o juiz deverá decidir por meio de sentença homologatória, esta retroagindo seus efeitos ao momento da abertura da sucessão, ou seja, possui efeito *ex-tunc* (GONÇALVES, 2009, p. 530).

Há ainda a faculdade de um ou mais herdeiros, segundo o parágrafo único do artigo 1.791, Código Civil/2002, ceder seus direitos hereditários, devendo primeiramente oferecê-los aos demais herdeiros, isto porque deve ser seguida ordem de preferência prevista nas regras de condomínio que regulamentam o processo sucessório até a partilha.

2.2.2 PESSOAS QUE PODEM PEDIR A PARTILHA

O Código Civil ora vigente traz em seu artigo 2.013, as pessoas habilitadas a pedir a partilha dos bens inventariados, a saber são: os herdeiros necessários, o cessionário e os credores, ou seja, conforme o artigo retro citado, qualquer herdeiro está legitimado a requerer a partilha dos bens.

O artigo supra relata ainda que nem mesmo o testador pode proibir ou impedir tal ato, isto porque não haveria razão para que depois de arrolado todo o patrimônio e pagos os impostos devidos os bens continuassem indivisíveis e comuns aos herdeiros (RIZZARDO, 2009, p. 723).

Embora a norma anteriormente mencionada não tenha citado de forma expressa a figura da companheira sobrevivente, esta de igual modo também pode requerer a partilha dos bens inventariados, haja vista que conforme determina o artigo 1.790, do Código Civil, também figura como herdeira do falecido, devendo participar da sucessão dos bens adquiridos na constância da união. Deste modo, tem todo o direito e legitimidade de pedir a partilha dos bens que foram inventariados.

De igual modo, O Código de Processo Civil em seu artigo 188, também resguarda a companheira o direito de reclamar a partilha, devendo para tanto está na posse e administração dos bens.

Lembrando que somente poderá ser pedida a partilha quando houver passado o inventário e tiver se encerrado a liquidação das obrigações (RIZZARDO, 2009, p. 723). Outros legitimados trazidos pelo autor a requerer a partilha são: os testamentários e os legatários.

Imprescindível abordar ainda que quando houver herdeiro ausente (pessoa que se encontra em local incerto), ou ainda nos casos em que houver incapaz, segundo o artigo 22, do Código Civil, bem como artigo, 1.042 do Código de Processo Civil, o juiz nomeará curador especial para estes, tendo em vista que não é permitido ausente declarado sem um curador que o represente. (DINIZ, 2005, p. 428).

2.2.3 ESPÉCIES

Segundo a maior parte doutrinária, há duas espécies de partilha, a partilha amigável ou extrajudicial e a partilha judicial.

A partilha amigável ou extrajudicial poderá ser efetivada quando houver apenas herdeiros maiores e capazes, com concordância de todos os herdeiros (cônjuge ou

companheiro sobrevivente, descendente ou ascendente), devendo para isto realizarem escritura pública, termo nos autos do inventário ou escritura particular, realizada em cartório, porém devendo ser homologada pelo juiz (artigo 2.015 do Código Civil, 2002). Esta espécie de partilha é chamada de extrajudicial, já que não ocorre na justiça, e necessita da maioridade e capacidade das partes, características estas atinentes a todo negócio jurídico.

A questão da capacidade das partes está diretamente relacionada ao requisito de aceitação ou validação de negócio jurídico que se encontra expressamente contido no artigo 104, inciso I do Código Civil, 2002. Deste modo, havendo herdeiros incapazes não há nenhuma probabilidade para que possa ocorrer a partilha amigável, nem mesmo nos casos de representação legal. Nestes casos, deverá proceder com a partilha judicial que será visto adiante.

Sobre o tema Diniz (2005, p. 412) acrescenta que nas hipóteses em que ocorra a partilha realizada por escritura pública, termo ou escritura particular do juiz, por se tratarem de negócio jurídico plurilateral, realizada entre maiores de idade e em comum acordo, deverá o instrumento ser assinado por todos os interessados ou por meio de procurador com poderes especiais.

E completa Gonçalves (2009, p. 531) dizendo:

> Essa partilha é negócio jurídico plurilateral e resulta da vontade concordante de todos os herdeiros, que manifestam seu propósito de dividir o espólio da maneira constante do instrumento. Trata-se de negócio solene, que só vale se efetivado após a morte do autor da herança, visto não ser eficaz contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva.

Este tipo de partilha encontra previsão legal ainda no artigo 1.031 do Código de Processo Civil, este determinando que a mesma será homologada de plano pelo juiz somente quando houver a comprovação de pagamento dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas.

Podendo ocorrer tanto no processo de inventário como no processo de arrolamento, admitindo inclusive duas espécies: a partilha *inter vivos*, onde o próprio autor da herança determina como deverá ocorrer a divisão dos bens. Esta expressão de última vontade poderá ser feita por meio de testamento ou escritura. E a outra espécie é a partilha pós-morte, feita através de escritura pública, termo nos autos, ou escritura particular, ocorrendo no decorrer do processo de inventário, devendo ser homologada pelo juiz. (LEITE, 2004, p. 358).

Frise-se ainda que a intervenção do juiz é totalmente necessária na partilha pós- morte, porém desnecessária se faz tal presença na partilha inter vivos, ou testamentária.

Gonçalves (2009, p.533) completa o entendimento anteriormente citado trazendo duas

observações: 1) que após a sentença de homologação, a partilha pode ser emendada nos mesmo autos do inventário, pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, quando ocorrer erro de fato na descrição dos bens; 2) que o recurso cabível na partilha amigável é o da apelação. Ressalta-se que o estudo da emenda à partilha será visto no decorrer do capítulo.

É mister ressaltar que, mesmo havendo a partilha amigável nada impede que após o óbito do autor da herança ocorra o inventário, basta para isto que alguns dos herdeiros que se sentir prejudicado, reclame na esfera judicial a análise da divisão dos bens.

Já a partilha judicial poderá ocorrer nos casos em que não houver acordo entre as partes ou ainda quando houver herdeiro incapaz. Neste caso incidirá esta modalidade no próprio processo de inventário (artigo 2.016 do Código Civil, 2002).

A partilha judicial deverá sempre ocorrer nos casos em que houver incapazes, possuindo assim um caráter obrigatório, tendo em vista a falta de capacidade processual para figurar no processo. Diante disto, havendo incapazes entre os sucessores, a partilha judicial deverá ocorrer de forma obrigatória, sendo imprescindível ainda a intervenção do juiz e do Ministério Público que ajudarão o incapaz a não ser prejudicado quando da divisão dos bens (BARROS, 2006, p. 321).

O artigo 1.023 do Código de Processo Civil esclarece como deve ocorrer à partilha, onde o partidor deve organizar o esboço da partilha conforme a decisão, averiguando os pagamento nas seguintes ordens: dívidas atendidas; meação do cônjuge; meação disponível; quinhão hereditário, a começar pelo co-herdeiro mais velho.

O esboço ou plano de partilha caracteriza-se como sendo uma preparação para a partilha, devendo as partes se pronunciar no prazo de 5 (cinco) dias, aceitando o esboço ou fazendo as devidas reclamações, que após isto, a partilha será lançada nos autos (art. 1.024, Código Civil), recebendo agora uma nova nomenclatura, autos de partilha, que terá o seu conteúdo segundo o artigo 1.025, do Código Civil. (GONÇALVES, 2009, p. 532).

Após o pagamento de impostos de transmissão e sendo juntada aos autos certidão negativa de dívida, o juiz proferirá a sentença, que depois de transitada em julgado, os herdeiros deverão receber os bens que cabe a cada um, através de um documento chamado formal de partilha.

2.2.4 PARTILHA EM VIDA

A partilha em vida está prevista no artigo 2.018 do Código Civil de 2002, que possibilita ao pai ou a qualquer ascendente determinar como deverá ocorrer a partilha de seus bens, ou

seja, da forma que ele entender mais justo. Aqui quem distribui o patrimônio é o próprio autor da herança, porém a uma exceção, o autor da herança não pode reduzir a legítima os herdeiros necessários.

Neste sentido sustenta Cahali e Hironaka (2003, p. 508):

> Trata-se de dispositivo em vida do ascendente a cujo futuro inventário irá se referir, através de doação ou testamento, dispondo de seu patrimônio nos limites admitidos pelo direito hereditário (respeitada à legítima dos herdeiros necessários), qualificada como "partilha em vida".

A partilha em vida pode ser chamada ainda de partilha doação ou sucessão antecipada, tendo como finalidade escusar o inventário. Esta figura jurídica apresenta três vantagens no tocante à partilha do patrimônio: 1) a possibilidade de se resolver a sucessão de forma antecipada; 2) a vontade do autor da herança será respeitada no que diz respeito à transmissão de seu patrimônio podendo deixar seus bens para quem realmente deseja, aqui se configura a autonomia de vontade do dono do patrimônio, lembrando sempre que esta vontade deve respeitar o que a lei determina; 3) visa evitar conflitos familiares.(DEDA, Rhodrigo. 23/04/10. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidacidadania/conteúdo.com> Acesso em 20/05/11)

Porém tal modalidade pode ainda está eivada de desvantagens, se não for observado às normas que regem as questões de inventário e partilha, podendo se tornar um meio traiçoeiro no tocante ao montante deixado aos sucessores, podendo não ser levando em conta a legítima de parte dos herdeiros, o que pode ocasionar inclusive uma redução do quinhão (DEDA,Rhodrigo. 23/04/10. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidacidadania/ conteúdo.com>. Acesso em 20/05/2011). Pode ocorrer ainda de um filho abandonar seu genitor quando receber sua parte na herança (BARROS, 2006, p. 325).

Outra hipótese ainda é a possibilidade que tem o autor da herança de decidir a partilha por meio de testamento, aqui prevalece a vontade do testador, podendo ele próprio deliberar a partilha, indicando os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários (artigo 2.014 do CC, 2002). Pode ocorre por ato *inter vivo*, ou de última vontade, contanto que tal ato não venha a prejudicar a legítima dos herdeiros necessários (artigo 2.018).

Lembrando que para a elaboração do testamento devem ser seguidas as regras previstas nos artigos 1.862, do CC/2002, que tratam dos testamento ordinários, que são: público, cerrado e particular, e artigos 1.886 e 1.887, CC/2002, que dizem respeito aos testamentos espécies, que são: marítimo, aeronáutico e militar, não sendo admitido outros testamentos especiais além dos contidos no *Códex* ora vigente. Deve ainda ser levando em

consideração a capacidade tanto do testador como de seus herdeiros, e ocorrendo o falecimento de um dos herdeiros antes da abertura do testamento, os bens que caberiam a ele será repassado aos seus sucessores.

Caso o testamento exclua um dos herdeiros, ou haja a diminuição do direito que cabe a eles, será causa de anulação da partilha (BARROS, 2006, p. 325).

2.2.5 PARTILHA DOS BENS INDIVISÍVEIS

O artigo 2.019, do CC, 2002 trata da partilha de bens indivisíveis, que são aqueles bens que não cabem no quinhão de um só herdeiro ou não podem ser objeto de divisão, deste modo o bem deve ser vendido e o valor apurado deve ser dividido entre os co-herdeiros, ou ainda pode ser adjudicado entre todos. Como exemplos de bens indivisíveis podem ser citados o Gado ou uma obra de arte valiosa.

Leite (2004, p. 360) traz em sua obra três hipóteses de divisão cômoda para os casos em que o bem não couber na parte do cônjuge sobrevivente, nem no quinhão de um só herdeiro, a saber: dois ou mais interessados podem ficar com o bem; dois ou mais interessados podem requerer a adjudicação do bem repassando a diferença do dinheiro; e por último o bem pode ser vendido judicialmente.

2.2.6 SOBREPARTILHA

Há ainda a possibilidade de haver um instituto chamado sobrepartilha ou partilha parcial, que se encontra previsto nos artigos 1.040 a 1.042 do Código de Processo Civil, bem como nos artigos 2.021 e 2.022 do Código Civil, que podem ser intitulada como a partilha de bens não partilhados antes.

As normas ora comentadas possuem em seu bojo as diferentes situações em que deverá ocorrer a sobrepartilha, que são: quando houver bens sonegados, que se configuram como os bens ocultados, não declarados ou omissos pelos herdeiros ou pelo inventariante; quando forem descobertos bens depois de encerrado o processo de partilha, pode ser classificado como os bens desconhecidos pertencentes ao autor da herança, descobertos somente após a partilha dos demais bens; os casos de haver bens litigiosos que são aqueles os quais não foi totalmente identificado quem está com sua posse. Ex: ações possessórias; Os bens de difícil liquidação ou liquidação tardia são aqueles ainda não valorados, ou de difícil valoração; e por fim os bens situados em lugar da sede do juízo onde se processa o

inventário.

O que acontece na sobrepartilha é uma complementação da partilha, que deverá ocorrer para dar destino ao acervo de bens não contidos em outra divisão, sendo possível ocorrer várias sobrepartilhas até que todos os bens do falecido integrem o inventário e sejam divididos entre os herdeiros. (CAHALI e HIRONAKA, 2003, p. 519)

Chama-se de sobrepartilha haja vista que a partilha já foi efetivada entre os herdeiros, desta feita, sendo descobertos novos bens que não foram incluídos no inventário e consequentemente não foram partilhados, deverá ser reaberto o inventário com intuito de que seja realizada a sobrepartilha com a distribuição deste novo patrimônio.

O procedimento da sobrepartilha deverá ocorrer segundo o parágrafo único do artigo 1.041 do Código de Processo Civil/2002, nos mesmos autos do inventário do *de cujus,* devendo os bens ser mantidos sob a guarda e administração do mesmo ou de diversos inventariante (artigo 2.021 do Código Civil/2002).

Gonçalves (2009, p. 539) tomando como base a Lei n° 11.441/2007, acrescenta o entendimento dizendo que é possível a sobrepartilha por escritura pública lavrada pelo tabelião de notas, desde que os interessados estejam de acordo, sejam maiores e capazes.

Havendo a sobrepartilha, todos os herdeiros que já estejam de posse dos bens deverão trazer ao acervo os bens, bem como os frutos que já receberão destes desde a abertura da sucessão, para que possa ser computado na "nova partilha". Caso tenham causado algum dano ao patrimônio que estavam sob sua posse, responderão por este de acordo com o critério de dolo ou culpa que deram causa. Já nos casos de terem realizados despesas necessárias e úteis ao bem, terão direito ao reembolso. (artigo 2.020 do Código Civil, 2002).

2.2.7 EMENDA À PARTILHA

O Código de Processo Civil oferece a possibilidade da partilha ser emendada nos mesmos autos do inventário e mesmo que já tenha havido sentença de julgamento deste, nos casos em que ocorra erro na descrição dos bens, poderá o juiz, a pedido da parte, ou de ofício, sanar as inexatidões ocorridas (artigo 1.028).

Rizzardo (2009, p. 741) traz em sua obra algumas das principais causas de emenda à partilha, a saber: metragens, confrontações, designações de imóveis, nomes equivocados dos herdeiros, extensão de áreas e ainda omissões que constam no registro originário. Para a realização da emenda, não é necessária nova ação, ou pagamento de novas custas processuais, deve apenas ser feito pedido ao juiz, que por sua vez realizará a reativação do

processo, para proceder com as devidas retificações.

2.2.8 ANULAÇÃO E NULIDADE DA PARTILHA

É mister ainda trazer à tona as possibilidades de anulabilidade que pode haver na partilha. As possibilidades de anulação da partilha estão elencadas no artigo 2.027 do Código Civil.

O artigo ora comentado é taxativo em alertar que após a partilha ser julgada, somente será anulável nos casos que versem vícios e defeitos que possam ocasionar sua invalidação. Lembrando que depois de transitado em julgado a sentença, a anulação da partilha extingue-se em um ano, este prazo é prescricional, ou seja, passado tal período de tempo os herdeiros perderão o direito reclamar ou buscar tal prestação.

Já o Código de Processo Civil, traz em seu bojo dois artigos atinentes à anulabilidade da partilha (art. 1.029 e 1030), além de outras probabilidades de haver anulação da partilha, que são: por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, também com prazo prescricional de um ano para o direito de propor ação anulatória (inciso I, do artigo 1.029).

Os dois artigos abordam inclusive sobre os casos de anulação de partilha amigável e partilha judicial. E o artigo 1.30 trata da possibilidade da partilha ser anulada ou rescindida a depender de cada caso. A partilha amigável será anulável tendo em vista os vícios e defeitos que possam invalidá-la. Já a partilha judicial será rescindível quando houver erro material, dolo, coação ou intervenção de incapazes, se feita com desrespeito às formalidades legais, e por ultimo se incluiu pessoa que não é herdeiro ou excluiu herdeiro.

Ocorrerá à nulidade da partilha nos casos em que houver exclusão de algum herdeiro no processo de inventário, este por sua vez pode ajuizar ação de nulidade da partilha cumulada com petição de herança, tal ação possui segundo o artigo 205, do Código Civil, prazo prescricional de 10 anos.

2.2.9 REGRAS QUE REGEM A PARTILHA

O instituto da partilha deverá observar a regra constante no artigo 2.017, do Código Civil/2002, devendo a partilha dos bens nestes moldes, serem observadas quanto ao seu valor, natureza e qualidade, sempre levando em consideração a maior igualdade possível para os herdeiros.

Uma vez que todos possuem o mesmo direito de herança, não é justo beneficiar mais a

um do que a outro. Havendo desigualdade ou favorecimento maior para um herdeiro do que para os demais poderá ocorrer a anulação da partilha (RIZZARDO (2009, p. 727)

O entendimento do artigo 2.017, bem como do autor acima referenciado, visam à máxima de igualdade entre os herdeiros, não permitindo que nenhum deles seja prejudicado, contribuindo para que todos recebam o que lhe é de direito, de acordo com a ordem de preferência da vocação hereditária. Ou seja, cada um receberá o quinhão que lhe cabe segundo a lei, nem mais nem menos.

Além das regras demonstradas anteriormente, Diniz (2005, p. 416) elenca outras regras que são imprescindíveis no tocante a validação da partilha dos bens, são elas:

Deverá ser observada a maior igualdade possível, levando em conta o valor, a natureza e qualidade. A autora tem como base o que determina o artigo 2.017, do Código Civil, devendo sempre fazer a distribuição dos bens da melhor forma possível, ou seja, com igualdade da partilha;

A prevenção de litígios futuros, tal regra advém do item anterior, e de igual modo deverá sempre fazer a melhor divisão possível dos bens, com o intuito de evitar lides futuramente;

Deve ainda haver a consulta da comodidade dos herdeiros, ou seja, aqueles herdeiros que estavam com a posse e tenham feito alguma despesa necessária ou útil deverá ser reembolsado, conforme o que determina o artigo 2.020 do Código Civil;

A investigação dos frutos e rendimentos que foram recebidos pelos herdeiros, bem como obter o ressarcimento dos danos causados de forma culposa pelos herdeiros, cônjuge viúvo e os inventariantes. Este item já foi explicado no decorrer deste trabalho, diz respeito aos bens que já encontravam em posse de alguns dos herdeiros antes do término da partilha.

2.2.10 CAUSAS DE RESPONSABILIDADE POR EVICÇÃO

Torna-se indispensável tratar ainda das causas de responsabilidade por evicção, que tem previsão legal nos artigos 2.024 a 2.026 do Código Civil/2002. As normas ora comentadas dizem respeito aos casos de evicção que pode vir a ocorrer em determinado bem que antes era do acervo do *de cujus* e passou a fazer parte do quinhão de um dos herdeiros.

Em outras palavras, sendo reconhecidos por meio de sentença judicial que o bem anteriormente citado não pertencia ao finado, e sim é de propriedade de um terceiro, todos os herdeiros serão convocados para indenizar o terceiro na proporção da quota hereditária de cada um. Ainda que um deles encontre-se insolvente, deverá os demais responder pela parte

deste, na mesma proporção (artigo 2.026, CC).

Há, porém pelo artigo 2.025, Código Civil, três causas de cessação da obrigação mútua dos co-herdeiros em indenizar o terceiro, que são: quando houver convenção em contrário contida em qualquer documento ou na partilha; quando a evicção se der por culpa do evicto, este deu causa a parda do bem; e ainda por fato posterior a partilha, os casos de falência, por exemplo (GONÇALVES, 2009, p. 542).

Por fim, registre-se os legatários que não têm direito algum de ser indenizados nos casos de evicção, haja vista que a evicção está fundamentada no princípio da igualdade da partilha que impões aos co-herdeiros o dever de restabelecê-la quando houver a evicção de um bem de determinado herdeiro (DINIZ, 2005, p. 420).

2.3DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA

2.3.1DIREITO SUCESSÓRIO DO (A) COMPANHEIRO (A) SOBREVIVENTE

A norma mais recente a versar sobre os direitos sucessórios das pessoas que vivem em união estável, sem qualquer registro matrimonial, está elencada no artigo 1.790, do Novo Código Civil, que determina como deverá ocorrer a divisão sucessória entre a companheira e o companheiro com os demais sucessores do falecido, sejam estes seus descendentes, ascendentes e demais parentes sucessíveis, *in verbis*:

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

A *priore* é imprescindível destacar que além do direito sucessório dos conviventes serem tratados apenas em um único artigo, este se encontra totalmente desfocado da localização que lhe seria mais viável. Isto porque a norma em comento deveria está situado no Título II do Código Civil em vigência, que trata da sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária, e não no Título I, que trata das disposições gerais da sucessão (TARTUCE E SIMÃO, 2010, p. 222).

Ainda sobre o tema explana Cahali e Giselda Hironaka (2003, p. 228):

> Impropriamente, foi incluído o direito sucessório do companheiro em "disposições gerais" do Livro destinado ao Direito das Sucessões, em vez de se fazer a previsão na *ordem de vocação hereditária*. Mas sem dúvida a regra destina-se à convocação do companheiro sobrevivente, interferindo diretamente naquela *ordem*, de tal sorte que a sucessão legítima se faz pela conjunção desta previsão.

Embora tenham ocorrido mudanças e evoluções no tocante aos direitos dos casais que vivem em união estável, tendo conquistado inclusive o patamar de entidade familiar, adquirindo direitos como: alimentos, meação e herança. Ao introduzir o artigo ora citado na parte das disposições gerais da sucessão do Código de 2002, houve de fato por parte do legislador brasileiro uma enorme discriminação a respeito dos companheiros, não tendo lhes proporcionado os mesmos direitos sucessórios que foram dados aos cônjuges.

O legislador ao tratar da matéria sucessória dos conviventes, ao invés de equiparar estes ao instituto do casamento, preferiu criar um sistema sucessório de forma isolada para os casais em união estável, de forma que o companheiro *supérstite* nem foi equiparado à

figura do cônjuge, nem muito menos foram desenvolvidas regras claras para o processo sucessórios destes casais. VENOSA (2005, P. 150).

Observe que, diferente do que ocorre no casamento, onde com novo código civil os cônjuges passaram a serem herdeiros necessários, os conviventes não tiveram igual direito. Apesar de terem adquirido respaldo legal, sendo inclusive tratada de modo igualitário ao casamento pela Constituição Federal ora vigente, não houve igualdade de direitos para ambas as modalidades familiares, cabendo a união estável apenas direito sucessório no que diz respeito aos bens adquiridos onerosamente enquanto perdurou a união (artigo 1.790, *caput*).

Tal previsão legal é divergente do que determinava o inciso III do artigo 2° da Lei de 8.971/94, que possibilitava ao companheiro sobrevivente o direito de herdar a totalidade da herança quando não houvesse descendentes ou ascendentes do defunto.

Embora o inciso IV, do artigo 1.790 do Código Civil, tenha assumido o mesmo contexto: "não havendo parentes sucessíveis, terá direito a totalidade da herança", alguns doutrinadores entendem que o termo "totalidade da herança" deve ser interpretado como a totalidade dos bens adquirida na constância da união e de forma onerosa. Não adentrando neste rol os bens que o falecido tenha obtido em período anterior a união estável, ou aqueles adquiridos a título gratuito durante a vida do convivente falecido.

Sobre o caput do artigo 1.790, o entendimento a ser tomado é que o companheiro sobrevivente não terá direito de participar da herança de forma integral, ou seja, de todos os bens do falecido, mas apenas de uma parcela restrita referente aquele patrimônio que foi adquirido na constância da união estável e a título oneroso (CAHALI E HIRONAKA 2003, p. 229).

Parte dos autores defende que havendo bens apenas anteriores a união, a companheira não deverá ser chamada a sucessão e o patrimônio deverá ser repassado para Poder Público por meio de sentença de vacância dos bens, que ocorre na falta de sucessores ou na renuncia destes. Importante ressaltar que após o decorrer de 5 (cinco) anos da abertura da sucessão o patrimônio será repassado ao Poder Público, tendo algum herdeiro a faculdade de reclamar a herança na esfera judicial dentro deste período de tempo.

Ainda dentro deste tema torna-se necessário trazer a tona o contido no artigo 1.844, do Código Civil/2002 que garante ao Município ou do Distrito Federal quando se localizar nas respectivas circunstâncias, ou a União quando situada em Território Federal, de receber a totalidade da herança do falecido, nos casos em que não sobreviver cônjuge, companheiro, nem parente algum sucessível.

A norma supra é explícito em afirmar que ao Poder Público somente caberá o direito a herança nos casos em que "não sobreviver cônjuge ou companheiro". Diante disto, é de se entender que o casal que não tenha adquirido bens enquanto a união perdurou, no entanto possuindo o falecido acervo de bens adquiridos em momento anterior a convivência e não havendo nenhum outro parente, terá a companheira direito à totalidade da herança, haja vista que esta é sucessora regular do *de cujus.*

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 242) ao comentar sobre o assunto assim lecionam:

> "se a resposta for à de que o inc. IV deve ser interpretado desvinculado do caput, de acordo com o sistema criado pelo Código Civil de 2002, a conseqüência é que os bens que irão compor o acervo hereditário serão todos aqueles deixados pelo falecido, independentemente do título de aquisição. Isso porque o Código Civil, em seu art. 1.844, determina que "não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal."

Deste modo, Fica obvio que o Poder Público somente será chamado a suceder quando "não houver nenhum sucessor", haja vista que este não é herdeiro, nem figura no rol dos herdeiros apontados na ordem de vocação hereditária. Porém, nos caso em que houver repasse de bens para o Município, Poder Público ou Distrito Federal, o artigo 3°, do Decreto Lei n° 8.207/75, determina que tais órgãos transmitam os bens a fundações destinadas a desenvolver o ensino universitário.

Sobre o mesmo assunto Maria Helena Diniz (2005, p. 143) ensina:

> [...] Se houver herdeiro ou sucessor regular, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do *de cujus*, na qualidade de sucessor irregular. Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atine aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto todos os bens do *de cujus* que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1.844, parágrafo 1ª parte, do Código Civil, que é uma norma especial, sobrepondo-se ao art. 1.790 (norma geral).

Esta de fato demonstra ser a solução mais plausível, pois deixar de dar a companheira o que é seu por direito, desconsiderando anos de convívio e dedicação ao relacionamento e ao companheiro falecido para beneficiar o Poder Publico se qualifica como grande injustiça.

Outro lapso cometido pelo legislador brasileiro ocorreu ao tratar do direito sucessório dos companheiros em um único artigo de apenas quatro incisos, deixando inúmeras dúvidas, omissões e lacunas em diversos campos referentes à distribuição da herança entre os herdeiros.

Segundo o *caput* do artigo 1.790, *in verbis*: "a companheira ou o companheiro

participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável" [...]

Da análise do dispositivo legal acima transcrito, percebe-se que os direitos sucessórios dos casais que vivem sem registro matrimonial se restringem apenas aqueles bens conquistados dispendiosamente durante a permanência da união. Assim sendo, uma vez que não tenha dado tempo para o casal construir patrimônio comum, com esforço de ambos, o companheiro (a) sobrevivente não será chamado a fazer parte do processo sucessório.

Outro fator preponderante ainda diz respeito ao contido no artigo 1.725 do CC/2002 e a Lei 9.278/96, que oferecem a possibilidade de os conviventes regulamentarem sua relação patrimonial por contrato escrito, do contrário, não havendo contrato aplicar-se-á no que couber o regime de comunhão parcial de bens.

Nestes termos, levando em consideração o fato de que o legislador brasileiro ao tratar o direito sucessório dos companheiros, permaneceu omisso quanto à hipótese de regimes diferenciados, tendo desprezado tal possibilidade. Deste modo, entende-se que quando o casal estipular regime diverso daquele previsto no *caput* dos artigos 1.790 e 1.725 do Código Civil de 2002 deverá ser levando em consideração o contido no contrato por eles acordado.

Venosa (2005, p. 156) tem entendimento contrário sobre este assunto, para ele a única forma do convivente ser aquinhoado com patrimônio mais amplo do que o definido no artigo 1.790, do *Codex* em vigência. O autor defende ainda que o contrato de convivência realizado entre os companheiros não tem o mesmo valor jurídico de um contrato de pacto antenupcial que obrigatoriamente segue as regras estabelecidas de forma e registro.

Segundo o autor, a única forma do(a) companheiro(a) ter direito aos bens do falecido de forma diferenciada do regime de comunhão parcial de bens, seria o(a) convivente(a) finado ter deixado contrato escrito estipulando tal desejo, expondo o acervo de bens que desejava deixar a sua companheira. Porém, o renomado autor, talvez não tenha se atentado ao conceito de contrato. Sabe-se que contrato caracteriza-se por ser um acordo bilateral de vontades, possuindo validade e eficácia, produzindo efeitos jurídicos, que se destinam a estabelecer regulamentos quanto aos interesses entre os partícipes.

A validação do contrato tem fundamento ainda no princípio da autonomia da vontade, que consiste na liberdade contratual dos indivíduos em acordarem entre si assuntos de seus interesses.

Assim sendo, uma vez que a estrutura contratual obedece à vontade humana, bem como possui respaldo legal, não há porque haver qualquer impedimento para a validação de

convivência em regime de união acordado entre os companheiros.

O Projeto de Lei n° 674/2007, que visa criar o Estatuto das Famílias, retirando o livro referente ao direito de família do Código Civil de 2002, tem como um de seus objetivos, tratar do contrato de convivência na parte referente à união estável. O referido Projeto de Lei dispõe que "na união estável, os conviventes podem estabelecer o regime jurídico patrimonial mediante contrato escrito".

Diante de tais discussões e tendo em vista previsão normativa do *Codex* ora vigente, que oferece aos companheiros a possibilidade de acordarem regime de bens diverso, não há que se falar que este direito não será reconhecido, haja vista o que predetermina o artigo 1.725 Código Civil/2002. Deste modo, percebe-se que se fosse restrito a união estável apenas o direito de conviverem apenas sob o regime de comunhão parcial de bens, não haveria porque estar claramente inserido na legislação cível meios de aderir a forma diversa de regime, até porque não existiria razão para um casal estabelecer contrato que viesse futuramente a não possuir qualquer validação jurisdicional (não tivesse reconhecimento).

Merece destaque ainda o fato do legislador haver usado o termo "participará" no *caput* do artigo 1.790, este fato fez com que o parceiro sobrevivente figurasse na sucessão apenas como sucessor regular (*herdeiro sui generis*), e não na qualidade de herdeiro necessário, como deveria ter ocorrido haja vista ter sido reconhecido como entidade familiar, assim como o casamento.

Mais uma falha contida no novo código diz respeito ao direito real de habitação previsto no parágrafo único do artigo 7° da Lei 9.278/96, e permaneceu omisso naquela norma. Este fato tem gerado grandes críticas no meio jurídico e doutrinário, já que vem provocando um enorme número de desocupações de imóveis que eram utilizados como residência familiar por aqueles conviventes que não conseguiram adquirir bens durante a união.

Grande parte doutrinária entende que com a validação do novo Código Civil, restaram revogados as duas leis que anteriormente tratavam do direito sucessório dos parceiros sem casamento (lei 8.971/94 e Lei 9.278/96).

Cahali e Hironaka (2003, p. 233) sobre este isto explicitam que de fato houve a revogação das leis anteriormente referenciadas haja vista a incompatibilidade com o artigo 1.790 do Código Civil ora vigente. Segundo os autores uma vez que o texto da norma expressa o termo "nas condições seguintes", fora das condições apresentadas neste artigo não terá o companheiro sobrevivente direito de participar do processo sucessório do *de cujus*. Defendem ainda que o novo código disciplinou a matéria sucessória de forma

integral, tendo com isso provocado a revogação das leis anteriores ao código civil de 2002.

O código em vigência é omisso não versando expressamente sobre o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, e sendo tal direito regulamentado no parágrafo único do artigo 7°, da Lei 9.278/96, e incisos I e II do artigo 2° da Lei 8.971/94, este dispositivo não está revogado, isto porque a lei anterior deve permanecer em vigência naquilo que o novo código não tratou. O artigo 2°, parágrafo 1° da Lei de Introdução ao Código Civil aborda sobre este ponto, dizendo que: *"*A lei posterior revoga a anterior enquanto expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regulamentar inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

Da leitura do artigo retro citado fica evidentemente claro e indiscutível que não há qualquer fundamento para que se acredite que o parágrafo único do artigo 7° da norma 9.278/96, encontre-se revogado, tendo em vista que esta não é incompatível com o *Códex* ora vigorante, muito menos este regulamentou toda a matéria tratada na norma anterior. Além do mais, se crermos que o artigo em comento encontra-se revogado, estará sendo desobedecidas normas Constitucionais, tais como *caput* e parágrafo 3° do artigo 226, da Constituição Federal, que reconhece a união estável como entidade familiar e merecedora de proteção estatal, bem como o artigo 5°, inciso XXIII, que garante o direito a propriedade.

Diante de tais normas torna-se impossível negar a "viúva sobrevivente" o direito ao imóvel familiar que conviveu e desfrutou com o seu finado companheiro de todo o período da "relação matrimonial de companheirismo".

Neste contexto há uma corrente doutrinária que sustenta a permanência do parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96, argumentando não ter havido revogação expressa desta norma, bem como não há qualquer incompatibilidade com o novo Código Civil. Deste modo, deve ser considerada a vigência do artigo em comento, que prevê o direito real de habitação sob o imóvel utilizado como residência familiar ao companheiro sobrevivente. (GONÇALVES, 2009, p. 170)

Outra norma que de igual modo rege o direito real de habitação dos companheiros, está prevista no Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado em setembro de 2002. Segundo este enunciado o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogado a previsão da Lei n° 9.278/86, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo art. 6°, caput, da Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se ainda que de igual modo, a Magna Carta de 1988, em seu artigo 6° também possui previsão legal para conceder ao companheiro sobrevivente o direito real de

habitação ao único imóvel utilizado para moradia do casal, quando apresenta como direitos sociais o direito a moradia.

As leis anteriormente discutidas servem inclusive de válvula de escape para solucionar o problema da permanecia do companheiro sobrevivente no imóvel que era utilizado como domicílio do casal, podendo inclusive permanecer nele enquanto não constituir nova união ou contrair casamento (Artigo 7°, parágrafo único da Lei 9.278/96).

Importante enfatizar também que ocorre uma distinção de direitos entre o cônjuge e o companheiro quanto ao "acesso" destes ao processo sucessório. Isto porque para os cônjuges adentram no processo de inventário é necessário apenas apresentar o Registro de Casamento Civil, este por si só comprova a qualidade de herdeiro do cônjuge sobrevivente com o *de cujus*, já os convivente como não possuem qualquer título que comprove ligação com o falecido, necessitarão em determinados casos, tais como: a existência de filhos menores ou incapazes, ou quando a existência de união estável for contestada, ingressar com Ação de Reconhecimento de União Estável. (CAHALI e HIRONAKA, 2003, p. 236).

Arnaldo Rizzardo (2009, p. 198) explica da seguinte forma:

> O companheiro não pode habilitar-se de imediato no inventário, para salvaguardar a meação do patrimônio construindo durante a união, sem, antes, ser declarada e reconhecida a união estável. É indispensável a prova ou a definição de que existiu a comunhão conjugal, como os julgados já proclamavam ao tempo do Código anterior: "A simples alegação da existência da união estável entre o agravante e a falecida companheira não gera direito à meação, tampouco autoriza habilitação no inventário dos bens deixados pela companheira conhecida, pois tal direito deve ficar sobejamente demonstrado nas vias ordinárias.

É de se reconhecer que a comprovação do casamento ocorre de forma muito mais simples, tendo em vista possuírem Certidão de Casamento sem averbação de divórcio. Já como para união estável não há obrigatoriedade de emissão de título ou contrato de convivência, seu reconhecimento torna-se conturbado, necessitando a averiguação da existência da união no meio jurídico para que se tenha a certeza de o companheirismo de fato existiu, utilizando-se para isto de todos os meios de prova possíveis para seu reconhecimento.

Mas a comprovação ou reconhecimento da união estável na esfera judiciária caracteriza-se medida plausível e necessária, principalmente nos casos em que há filhos menores ou incapazes, ou quando a existência de união estável for contestada, pois se ocorrer de forma diversa possibilitaria um estrondoso número de inventários de companheirismos fantasmas ou inexistentes.

É imprescindível ainda abordar a questão do companheiro sobrevivente ter que concorrer até mesmo com parentes colaterais do falecido. Observe que pelo inciso III do

artigo 1.790 do Código Civil/2002, o direito sucessório da companheira decaiu em relação aos direitos adquiridos pela legislação anterior (Lei n° 9.278/96), tendo em vista que o parceiro sobrevivente deve concorrer agora até mesmo com os parentes colaterais do finado. Diferentemente do que ocorre com o cônjuge sobrevivente que tem preferência em relação aos colaterais, recebendo a totalidade da herança quando não houver descendentes, nem ascendentes do cônjuge viúvo.

Neste caso será deferida a este a sucessão por inteiro (artigo 1.838), só sendo chamados a suceder os colaterais quando não houver cônjuge sobrevivente. Diante disto, percebe-se mais uma vez a notável discriminação e injustiça causada pelo legislador, beneficiando sempre a figura do casamento e desfavorecendo a união estável.

Sobre o assunto Cahali e Hironaka destaca:

> Na falta de descendentes e ascendentes, porém, priva-se o companheiro de recolher a integralidade da herança, impondo o novo Código a concorrência do sobrevivente com os colaterais, até 4° grau. Vale dizer, dividirá sua limitada herança com irmãos, tios ou primos do falecido, os mais próximos dos colaterais, excluindo os mais remotos. Reprovável esta modificação legislativa, desprestigiando a união estável ao colocar seus partícipes em posição inferior àquela conquistada em 1996. (2003, p. 230).

Já não bastava ao parceiro sobrevivente ter que concorrer ao direito de herança com os descendentes comuns e do finado apenas sobre o patrimônio conquistado juntamente com o falecido na constância da união e de forma onerosa, ainda terá que concorrer com parentes colaterais até o 4° grau, a saber: irmãos, sobrinhos, tios primos, tios-avós, sobrinhos-netos, tendo direito apenas a 1/3 da herança.

A este respeito comentou Flávio Tartuce e José Fernando Simão:

> Imaginar que um sobrinho do morto, um primo-irmão ou um tio-avô terão mais direitos que a companheira de uma vida causa certo espanto...Note-se que, diversamente do que ocorre com o cônjuge supérstite, que herda a herança como um todo, havendo apenas parentes colaterais até 4° grau, o companheiro sobrevivo concorrerá e dividirá a herança com estes. (2010, p. 241).

Ressalte-se que deve se levar em consideração a ordem preferencial, onde os mais próximos excluindo os mais remotos, salvo nos casos de representação concedida aos filhos de irmão, assim como determina o artigo 1840 do Código Civil/2002. O código civil trata de duas possibilidades de concorrência da herança com direito de representação de filhos, que estão previstos nos parágrafos 1° e 2° do artigo 1843 do Código Civil/2002. De acordo com tais parágrafos, havendo irmãos vivos e filhos de irmãos pré-morto, estes herdarão por linhagem (artigo 1.843). Já concorrendo somente filhos de irmãos falecidos, estes herdarão por cabeça (parágrafo 3° do artigo 1.843).

Para finalizar este primeiro momento, importante trazer à tona as palavras de Maria

Helena Diniz que oferece um breve resumo de como ocorre o procedimento sucessório de acordo com os moldes do artigo 1.790 do Código Civil de 2002:

> O patrimônio dos conviventes (CC, arts. 1.536, 1727 e 1.723, parágrafo 1°) rege-se pelo princípio da liberdade (CC, arts. 1.725, 1.658, a 1.666), pois se não houver convenção escrita sobre o patrimônio a ser seguido durante a união estável prevalecerá entre eles o regime de comunhão parcial. Morto um deles, o seu patrimônio será inventariado, dele retirando a meação do convivente, alusiva aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, que não se transmite aos herdeiros. Em relação à outra metade (herança) daqueles bens deverá concorrer com descendentes, ascendentes e colaterais até o 4° grau. Os demais bens do *de cujus* obtidos onerosamente antes da união estável ou por ele recebido a título gratuito (herança ou doação) serão inventariados e partilhados somente aos seus herdeiros na ordem da vocação hereditária. (2005, p. 142).

2.3.2A COMPANHEIRA EM CONCORRÊNCIA COM FILHOS HAVIDOS EM COMUM COM O *DE CUJUS*

Dispões o *caput* do artigo 1.790, que participará um companheiro da sucessão do outro quanto aos bens que forem adquiridos a título oneroso na vigência da união estável, já o inciso I, nos moldes do *caput* leciona que se o companheiro sobrevivente concorrer com filhos em comum, ou seja, com a prole advinda do casal na constância da união, aquele terá direito a uma quota equivalente ao que por lei couber ao filho.

É mister trazer em pauta a questão do direito sucessório da companheira em concorrência com filhos havidos em comum com o *de cujus*, que encontra respaldo legal no inciso I, do artigo 1.790. Conforme a norma ora comentada, o parceiro sobrevivo terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, ou seja, a herança será divida por cabeça, em partes igualitárias.

A respeito da questão leciona Venosa (2005, p. 158) que quando o companheiro sobrevivente concorrer com a prole havida em comum com o falecido, terá direito a receber a mesma quota parte que couber a cada um dos filhos, devendo ser a herança dividida em partes igualitárias, sendo incluído o companheiro sobrevivente.

Observe que o inciso ora elucidado foi restritivo ao se referir apenas aos filhos havidos em comuns, ou seja, filhos tanto do falecido como do convivente viúvo, não tratando da questão dos descendentes de modo geral, sendo omisso nos casos em que o (a) companheiro (a) no momento do seu falecimento não possuía mais filhos, mas tinha netos destes. Se a norma for interpretada ao pé da letra não haverá enquadramento do presente caso no inciso I, devendo seguir o que determina o inciso II, uma vez que este diz respeito à concorrência com descendentes do autor da herança, ou o inciso III, que aborda sobre a concorrência com outros parentes sucessíveis, tendo o companheiro sobrevivente direito apenas a 1/3 da

herança.

Alguns doutrinadores, tais como Flávio Tartuce e José Fernando Simão. (2010, p. 229), entendem de forma diversa, pregando que em tais casos ainda que não conste expressamente na lei, deve ser seguido o apontado no inciso I, do artigo 1.790.

Nesta mesma linha de raciocínio Cahali e Giselda Hironaka (2003, p. 231) completa:

> Sendo comuns dos companheiros os descendentes com quem o sobrevivente concorrer, o viúvo terá direito a uma quota idêntica à que, por cabeça aqueles receberem. A lei fala em "filho", mas entendemos ter sido sua intenção dizer "descendentes", para não se feris a histórica preservação de direitos sucessórios na linha descendente sempre na mais próxima equidade.

Lembre-se que a companheira participará do procedimento sucessório em concorrência com os parentes do falecido apenas quanto aos bens adquiridos na constância da união, ou seja, embora o falecido venha a deixar grande acervo patrimonial, se nenhum de tais bens foi adquirido na duração da união, a companheira não será chamada a participar da sucessão.

2.3.3A COMPANHEIRA EM CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES SOMENTE DO AUTOR DA HERANÇA

O inciso II, do artigo 1.790, estipula que se o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles. Registre mais uma vez que, este direito ocorrerá apenas nos bens adquiridos onerosamente pelo casal na constância da união. Nestes moldes, caberá ao convivente a metade daquilo que couber aos descendentes, fazendo-se a partilha na porção de dois para um, dois para os descendentes e um para o parceiro sobrevivente.

Nestes termos, Venosa (2005, p. 159) aclara que no caso do inciso II, o convivente sobrevivente quando concorrer com descendentes só do *de cujus,* caber-lhe-á a metade daquilo que cada um dos filhos tiverem direito*,* nestes moldes na divisão da partilha será atribuído peso 1 ao convivente e peso 2 ao filho do falecido.

Assim sendo fica claro que concorrendo com filhos ou netos exclusivos do defunto, só caberá a companheira metade do que couber a cada um daqueles, isto porque os parentes particulares do autor da herança não ter qualquer vínculo consangüíneo com o companheiro viúvo e deve ser levando em consideração sua ligação com o *de cujus*.

Os autores Flávio Tartuce e José Simão complementam:

> Filhos exclusivos são os filhos apenas do falecido, mas não do companheiro sobrevivente. Portanto, o companheiro dividirá a herança com aqueles que não são seus parentes consangüíneos [...] a regra que se estabelece é que o companheiro recebe meia quota (x), e, portanto, o filho exclusivo recebe o dobro disso (2x). (2010, p. 230).

O inciso o inciso II caracteriza como mais uma desigualdade de tratamento entre união estável e o casamento. Isto porque o artigo 1.832 do Código Civil/2002, que trata da concorrência do cônjuge viúvo com os descendentes, determina que o cônjuge em concorrência com descendentes tem direito à quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Já o inciso II do artigo 1.790, prevê ao companheiro direito a metade daquilo que couber aos descendentes exclusivos do defunto.

2.3.4 COMPANHEIRA EM CONCORRÊNCIA COM FILHOS HAVIDOS EM COMUM E EXCLUSIVO DO AUTOR DA HERANÇA

Mais conhecida entre os doutrinadores por "filiação híbrida", tendo sido tal termo batizado por Giselda Maria Fernandes Novais Hironaka, para se referirem as hipóteses em que os conviventes tiveram filhos entre si, e filhos só do falecido de forma concomitante.

Esta conjectura apresenta-se como mais uma das inúmeras omissões deixadas ao artigo 1.790 do Código Civil/2002, que vem gerando discussões e polêmicas no direito das sucessões. Isto porque só trata dos assuntos de forma isolada, tendo deixado de fora o caso do falecido ter prole anterior à união estável (filho exclusivo). A omissão ora citada deu origem correntes doutrinárias que procuram melhor solucionar a partilha do patrimônio quando ocorrer tal hipótese.

O doutrinador Silvio de Sávio Venosa (2005, p. 159), apresenta em sua obra uma das possibilidades de suprir a deleção da lei, para ele à solução mais plausível seria a fusão dos dois incisos e dividir a herança em partes iguais, entre os filhos e o companheiro viúvo. Venosa defendendo que o que realmente implica neste caso não é a ligação dos filhos com o herdeiro sobrevivente, e sim com o *de cujus*, uma vez que todos são filhos, possuem os mesmos direitos hereditários.

Já Cahali e Hironaka (2003, p. 232) defendem que para estes casos deve ser aplicado o que determina o inciso I, haja vista que a o contido no inciso II do referente artigo refere-se à disputa de descendentes só do autor da herança. A regra contida no inciso I, não se restringe só aos filhos comuns, refere-se a filhos comuns, devendo, portanto, enquadrar-se a vocação dos filhos comuns, mesmo nem todos possuindo tal origem.

Para Diniz (2005, p. 146), o entendimento acima mencionado privilegia a companheira na medida em que prejudica os filhos exclusivos do falecido, que nenhum laço consangüíneo possui com aquela.

A autora acima mencionada defende a ideia de acordo com o que preleciona os artigos

4° e 5° da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como o artigo 227, parágrafo 6° da Constituição Federal, que pregam a igualdade entre todos os filhos. Diante disto, a melhor solução segundo Diniz seria considerar a prole como sendo exclusiva do falecido, visto que deve ser relevante apenas o vinculo existente entre os filhos e o autor da herança, e não a sua ligação sanguínea ou não com a companheira sobrevivente. Nestes termos, o inciso a ser considerado é o inciso II é o mais viável, cabendo ao companheiro metade do que couber a cada um deles (2005, p. 146).

Alguns doutrinadores defendem a tese de que o caminho mais correto seria a junção dos dois incisos, neste caso a divisão ocorreria da seguinte forma: caberia ao companheiro viúvo uma quota quando concorresse com os filhos havidos em comum, e meia quota quando concorresse com descendentes só do falecido, porém a utilização de tal meio ocasionaria prejuízo aos descendentes, pois estes receberiam uma mesma quota, enquanto que o companheiro herdaria quinhão maior, correspondente a uma quota e meia. (DINIZ, 2005, p. 146).

Há outra corrente que diz respeito à fórmula Tusa ou teoria da proporção, criada pelo mestre e doutor da Universidade de São Paulo-SP, Gabriele Tusa, sua ideia propõe um cálculo proporcional efetuado considerando quota igualitária em se tratando de filhos comuns, e metade do que couber aos demais. (GONÇALVES, 2009, p. 175).

Segundo Flávio Tartuce e José Simão (2009, p. 235/236), de acordo com a teoria da proporção, "a companheira não receberá nem 1 nem metade, mas um coeficiente maior que a metade (nunca menor) e menor que 1 (nunca maior), que variará de acordo com o número de filhos do falecido."

É por tantas inconsistências e desigualdades contidas na norma em comento, sempre tratando de forma diferenciada dois institutos devidamente resguardados por lei, é que está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.960/2002 de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que foi arquivo e atualmente encontra-se em aberto pelo atual Projeto 276/2007, do Deputado Léo Alcântara. Tal projeto propõe a reforma de 301 artigos do Código Civil ora vigente, entre eles o artigo 1.790, que trata da sucessão dos companheiros.

Pelo projeto ora comentando pretende transformar o caput e os incisos do artigo 1.790 para a redação a seguir:

> Artigo 1.790 - O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:
> I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quita equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros, se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória

> (artigo 1.641);
> II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;
> III- em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.
> Parágrafo Único; Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Da leitura do novo texto, é notório que tal projeto pretende assimilar os direitos sucessórios dos casais em união estável aos direitos dos cônjuges, procurando dar um tratamento igualitário entre os dois institutos. Uma das principais modificações trazidas pelo novo texto, é que o companheiro ao concorrer tanto com descendentes comuns como com descendentes exclusivos do falecido tenha direito a metade da quota quando que couber a estes.

O Projeto de Lei 6.960/2002 afasta ainda a questão da filiação híbrida (quando há filhos havidos em comum concomitante com exclusivos do *de cujus*), cabendo ao companheiro a metade do que couber a cada um deles.

E ainda conclui com a possibilidade do convivente viúvo concorrer com parentes colaterais até o 4° grau, dando este o direito de receber a totalidade da herança nos casos em que não existirem descendentes e ascendentes do defunto. (VENOSA, 2005, p. 159/160).

Por fim, merece destaque ainda relatar que diante das lacunas e precariedades no texto do artigo 1.790 do Código Civil, a grande parte dos doutrinadores e estudiosos do direito diz ser inconstitucional a norma retro citada, tanto é que em 10 de novembro de 2006, no I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo, em Piracicaba-SP, os juízes das Varas da Família por maioria de 2/3 emitiram diversos enunciados entre eles os Enunciados 49, 50 e 52 que tratam justamente da inconstitucionalidade do artigo 1.790, *in verbis*:

ENUNCIADO 49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

ENUNCIADO 50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

ENUNCIADO 52. Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de

parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo. (AMORIN, José Roberto Neves. **I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo.** Em 19 de Janeiro de 2007. Disponível em: <www.professoramorim.com.br >. Acesso em: 22/05/11).

Deste modo, e conforme tudo exposto neste capítulo torna-se imprescindível a necessidade de se haver uma reforma no artigo 1.790, do Código Civil, haja vista as incongruências, lacunas e falhas acometidas com a vigência da referendada norma, que além de não ter tratado as relações dos conviventes ao casamento de forma igualitária, o texto ainda foi obscuro quanto à divisão da herança entre a companheira e os filhos em comuns e exclusivos do falecido.

3 REFERENCIAL METODOLÓGICO

3.1CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

É relevante ressaltar neste ponto a cerca da metodologia ao qual foi utilizada para a construção, desenvolvimento e conclusão deste trabalho monográfico. Porém preliminarmente é mister conceituar o que é metodologia.

De acordo com Henriques e Medeiros (2006, p. 18) o termo metodologia pode ser entendido como o aprendizado do estudo da realidade que tem como objetivo dirigir na investigação da verdade, ou ainda uma forma de fazer ciência.

Nesta mesma linha de raciocínio pode-se dizer que metodologia é a forma detalhada de se explicar o caminho, bem como o tipo de pesquisa que fora utilizado pelo autor para a elaboração do seu trabalho de pesquisa.

Quanto à metodologia utilizada para a concretude deste trabalho pode ser classificada como pesquisa bibliográfica, que ajudou a formular uma análise histórica e evolutiva desde a família, passando pelo surgimento do concubinato até o reconhecimento da união estável como entidade familiar, bem como a questão do direito sucessório nas relações de conviventes.

As principais fontes de pesquisas utilizadas foram: as várias doutrinas que abordam sobre o tema em comento, o ordenamento jurídico brasileiro, artigos científicos, enunciados e jurisprudências disponíveis em meios eletrônicos, bem como as diversas publicações de materiais que versem sobre o tema e a legislação pertinente, pautando-se principalmente na Constituição Federal de 1988, no Código Civil Brasileiro de 2002, nas Leis n° 8.971/94 e Lei

n° 9.278/96.

A presente pesquisa pode ser classificada ainda como descritiva e explicativa haja vista que utilizou-se das fontes anteriormente comentadas, que auxiliaram a analisar a evolução histórica da união estável até o reconhecimento de seus direitos sucessórios, à pensão e a alimentos, bem como perceber as obscuridades contidas no artigo 1.790, do Código Civil, e traçar a melhor solução para os casos que versem a concorrência sucessória da companheira sobrevivente com filhos comuns e exclusivos do finado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo estudo e análise exposta neste trabalho monográfico de conclusão de curso, conclui-se convictamente que muito embora a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 3°, tenha reconhecido a união estável como entidade familiar, inclusive com proteção estatal, o legislador ao elaborar a norma relativa ao direito sucessório dos companheiros (artigo 1.790 do Código Civil de 2002) tratou de seus direitos com diferenciação em relação aos cônjuges. De todo o exposto no decorrer deste trabalho observou-se a redução de direitos concedidos aos conviventes em comparado com os dos civilmente casados.

Um dos descasos provocados pelo legislador no texto da norma retro citada, foi tê-la inserido em local distinto de onde de fato deveria ter sido posto. O elaborador da lei, encravou o artigo supracitado nas Disposições Gerais quando deveria tê-lo posto na parte que trata da Vocação Hereditária, de forma que não equiparou os conviventes aos civilmente casados. Lembrando que, os direitos sucessórios dos companheiros restringi-se aos bens adquiridos onerosamente enquanto durar a relação de convivência, sendo inclusive considerados meros herdeiros facultativos, podendo ser inclusive excluídos do processo sucessório caso seja provado que nenhum bem foi adquirido enquanto durou a união. Diferentemente do que ocorre aos cônjuges que se encontram na 3º posição na ordem de vocação hereditária, possuindo a qualidade de herdeiro necessário.

Outro tratamento diferenciado diz respeito ao fato do convivente sobrevivente ter que concorrer até mesmo com parentes colaterais do falecido até o 4° grau, ou seja, primos, tio-avô, etc. Tal previsão ocorre de forma diferenciada quando se trata da sucessão dos cônjuges, frise-se que os colaterais até o quarto grau só serão chamados a suceder quando não houver o cônjuge "*supestite",* conforme pode-se perceber na ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil*"*.

Tal fato, configurando-se mais uma vez em uma distinção de direitos entre os dois institutos familiares. Ressaltando também que apenas na falta dos colaterais é que o companheiro sobrevivente herdará a totalidade da herança. Com isso se tem que o objetivo de tais diferenciações foi demonstrar que a forma mais coerente e benéfica ao é constituir uma família é pelo chamado "casamento de papel passado", haja vista os direitos e vantagens advindas desta modalidade familiar.

E mais, o artigo 1.790, é omisso em um caso de extrema importância, não trata dos

casos em que haja filhos comuns com a companheira sobrevivente e filhos exclusivos do finado. O artigo acima aborda apenas sobre a concorrência sucessória da companheira com filhos em comum com o falecido (inciso I), ou quando esta concorrer com os descendentes do "*de cujus"* (inciso II), observa-se que o legislador apenas se ateve aos casos isolados. Porém sabe-se que há casos em que o finado já possuía prole anterior ao novo relacionamento, e exatamente neste ponto a norma não menciona, é peca com omissão.

Mediante a omissão da norma, a solução mais plausível para este impasse seria tratar os filhos em comum e exclusivo do "*de cujus"* (filiação híbrida) da mesma forma, uma vez que não deve ser levada em consideração ligação sanguínea ou não com o companheiro sobrevivente, mas sim com o falecido, já que tanto a prole havida com a companheira sobrevivente, como a anterior a esta união, são todos filhos comuns, e, portanto descendentes e detentores de direitos sucessórios decorrentes do falecimento do "*de cujus"*. Tal entendimento tem como base o que determina o artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, que é expressa em afirma que os filhos havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos, do mesmo modo o artigo 1.596, do Código Civil, determina que serão reconhecidos os mesmos direitos para os filhos havidos ou não do casamento. Nas duas normas onde houve casamento leia-se havidos ou não da união estável.

Sendo reconhecidos todos como filhos comuns e, portanto descendentes do falecido, deveria ser incluída a figura do companheiro na parte de vocação hereditária do código civil, principalmente no texto do artigo 1.829, inciso III, do Código Civil, figurando ao lado do cônjuge, haja vista serem ambos os institutos reconhecidos por lei, bem como no artigo 1.832, do Código Civil, também do lado do cônjuge, onde seria estipulado tanto ao cônjuge *supestite*, como ao companheiro sobrevivente quando concorrer com descendentes, quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça.

Deste modo, estaria sendo feito o processo sucessório segundo o inciso I, do artigo 1.790, que aborda apenas sobre filhos comuns, porém já que todos são filhos do autor da herança, nada mais justo que se faça a partilha sucessória de todos os filhos de forma igualitária, não importando se estes possuem laços sanguíneos com o sobrevivente. Esta de fato seria a melhor solução, que possibilitaria a equiparação entre conviventes e cônjuges, concedendo um procedimento sucessório deveras justo aos conviventes, bem como concederia direito igualitário a prole.

Diante de tudo exposto, conclui-se convictamente que se faz necessário a reforma no artigo ora comentado, devendo este sofrer consideráveis transformações em seu texto, haja vista as diferenciações entre os dois institutos (vínculos matrimoniais e vínculos de

convivência), quanto aos seus direitos sucessórios, e ainda tendo em vista as lacunas e omissões já devidamente expostas neste trabalho monográfico.

REFERÊNCIAS

AMORIN, José Roberto Neves. **I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo.** Em 19 de Janeiro de 2007. Disponível em: <www.professoramorim.com.br>. Acesso em: 22/05/11.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Lei 6.515/77. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento**. 26 de dezembro de 1977.

_____. Lei 9.278/96. **Regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 de maio de 1996.

_____. Lei 8.971/94. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 29 de dezembro de 1994.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil, volume 6**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **As implicações dos impedimentos matrimoniais na união estável.** Rio Grande, 13 de Maio de 2011. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br.>. Acesso em: 21/05/11.

DEDA, Rhodrigo. **Partilha em Vida evita problemas entre herdeiros**. Publicado em 23/04/10. Disponível em: **<**http://www.gazetadopovo.com.br/vidacidadania/conteúdo.com > Acesso em: 20/05/2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 6.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. VI**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito civil brasileiro, vol. VII.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HENRIQUES, Antonio. **Monografia no curso de direito:** como elaborar o trabalho de conclusão de curso (TCC)**.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, **vol. 2**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado, v. 6.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LOYOLA, Leandro e Humberto Maia Júnior. O Supremo sai do armário. Em: 9/05/11. Revista Época./ R7 Notícias. In: **STF também reconhece união estável gay**. Disponível em: <http://www.r7.com>. Acesso em: 21/05/11.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, vol. 06.** 35. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões:** Lei n° 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, vol. VI**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, vol. 6**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, vol. VI**. 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito civil, vol. VII.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.