

DIREITO HEREDITÁRIO: SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

SILVANO, Pâmilla Vanessa da Silva

Discente do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva -FAIT

NEVES, Samara Tavares Agapto das

Mestre em Direito pelo Centro Universitário "Eurípides" de Marília - UNIVEM; Professora do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva – FAIT; Professora do curso de Direito da Organização Aparecido Pimentel de Ensino e Cultura – Direito/OAPEC; Advogada; Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Gramática dos Direitos Fundamentais".

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, ao garantir a proteção especial à família, reconheceu a união estável como entidade familiar, não atribuindo qualquer preferência nem prioridade ao casamento. Entretanto, em que pese a evolução constitucional, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, o Código Civil de 2002, no que tange aos direitos sucessório hereditários do convivente não lhe deu suporte igual ao do casamento. O companheiro(a), assim, não está incluído na ordem de vocação hereditária, tendo somente direito à concorrência sucessória quanto aos bens adquiridos na vigência da união, conforme determina o art. 1790, do referido diploma legal. A relevância reside no que diz à violação de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e o direito à herança, para tanto, sua essência é abordar a evolução constitucional do conceito de família, verificar as diferenças entre a situação do companheiro e do cônjuge previstas pelo Código Civil de 2002 e legislações complementares, apontar qual seria a melhor direção para a garantia dos direitos tutelados.

Palavras-chave: Família; União estável; Sucessão hereditária.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 to ensure the special protection of the family, recognized the stable union as a family unit, not assigning any preference or priority to marriage. However, despite the constitutional evolution, doctrine and jurisprudence on the subject, the Civil Code of 2002 with respect to the hereditary succession rights of cohabiting did not give equal support to the wedding. The companion (a) thus is not included in the order of heredity, having only right to succession as competition for assets acquired in the presence of the union, as required by art. 1790, the said law. The relevance lies in telling the violation of constitutional principles such as human dignity and the right to inheritance, therefore, its essence is to address the constitutional evolution of the concept of family, check the differences between the situation of the partner and spouse provided by the 2002 Civil Code and complementary legislation, point out which would be the best direction to guarantee the rights protected.

Keywords: Family; Stable union; Hereditary succession.

1.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo refletir sobre a possível inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, que ao prever um direito sucessório para o companheiro(a) o difere daquele previsto para o cônjuge.

A Constituição Federal de 1988 apresentou um avanço no que tange o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como forma de constituição de família ou entidade familiar, e consequentemente garantindo direitos à aqueles que antes eram vistos apenas como uma sociedade de fato.

Outrossim, entrou em vigor no Brasil, o esperado por mais de década, que foi o Código Civil de 2002, que ao tratar da sucessão do cônjuge, o elevou a condição de herdeiro necessário.

Tal como ocorreu em relação ao cônjuge, a sucessão do companheiro(a) sofreu profundas alterações no novo Código Civil, alterações estas que eram esperadas ansiosamente por uma sociedade em constante evolução e que passou a jurisprudência a reconhecer o concubinato.

Todavia, embora algumas mudanças tenham sido positivas em relação ao Código Civil de 1916, como as que seguem a linha de sucessão do cônjuge, no que tange à união estável foram extremamente negativas, verificando-se verdadeiro retrocesso na sucessão do companheiro(a).

Ao tratar do direito de herança do companheiro(a) no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, a nova lei faz caminho na contramão da evolução histórica da união estável. Haja vista que apresenta não apenas diferença na ordem sucessória daquela prevista para o cônjuge, como, também, limita o direito de herança aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Tem-se por fim, deste artigo, que se desperte debates à respeito do tema em tela, a fim de se possa garantir direitos iguais àqueles que por muito tempo foram discriminados por não optarem pelo casamento, mas que vivem juntos como uma verdadeira família.

2. DIREITO HEREDITÁRIO: SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

O conceito de família vem sendo alterado com a evolução da sociedade, sendo que o Código Civil brasileiro não trás um conceito de família.

Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 19), conceitua família, em sentido genérico, como “o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, acrescentando o cônjuge, os enteados, os genros, as noras, os cunhados”. Já Sebastião José Roque (2004, p. 15), conceitua família como:

“[...] uma sociedade natural, formada por pessoas físicas, unidas por laços de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência, ou seja, de pai para filho. A afinidade se dá com as pessoas estranhas que se agregam à sociedade familiar pelo casamento, como o cônjuge”.

Antigamente, a família era governada pelo chefe da família, ele tinha todo o poder, todos os integrantes da família deveriam seguir as ordens do patriarca, o que era chamado de Pátrio Poder, era exercido pelo homem e ele tinha a obrigação de prover o sustento da família, assim os membros da família obedeciam e trabalhavam para a sobrevivência de todos. Com a Revolução Industrial e a modificação do meio social, esse cenário mudou e o homem deixou de ser o único provedor da família, surgiu uma nova família onde se uniam por outros valores, houve então uma aproximação entre as pessoas que formavam a família através de vínculos afetivos (DIAS, 2011, p. 27-29).

2.1. Proteção da Entidade Familiar na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 garantiu ampla proteção à família, onde em um único capítulo dedicado somente à família, aborda sobre criança, adolescente e idoso e traz consigo inovações importantíssimas. A união estável entre homem e mulher passou a ser reconhecida como entidade familiar, em que deve a lei facilitar a sua conversão em casamento, ficou estabelecido, também, a igualdade entre homem e mulher em que se diz respeito aos direitos e deveres da sociedade conjugal.

Posteriormente a Constituição Federal, surgiram as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, ambas tratam sobre a união estável.

2.2. Direito de Família no Código Civil Brasileiro

Com a vigência do Código Civil de 2002, principalmente no que tange sobre o direito de família, a Emenda Constitucional nº 66 alterou o art. 226 da Constituição Federal, sendo possível ocorrer o divórcio independente de separação prévia, também neste mesmo artigo foi definido três espécies de família sendo elas: matrimonial, a resultante de união estável e a monoparental.

2.3. Formas de Entidade Familiar

Segundo a nossa Constituição Federal vigente, em seu art. 226 foi definido três espécies de família sendo elas: matrimonial, a resultante de união estável e a monoparental.

A resultante de união estável é, conforme a legislação brasileira sempre considerou as relações familiares a partir do casamento e assim também para com os seus frutos, ou seja, os filhos. Mesmo com o número crescente de relações extramatrimoniais foi muito lenta a mudança perante nossos tribunais. Foi com a Constituição Federal de 1988 no seu art.226, §3º, ao dispor que, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” que consolidou a ampliação do conceito de família. Da mesma forma seguiu o Código Civil de 2002 que trouxe o art.1.565, consagrando a união estável e levando ao seu reconhecimento como entidade familiar (VIANA, 2000, p.28).

Família monoparental no Direito Civil segue os princípios previstos na “Lei Maior”. A fonte está expressa na CF/88 no artigo 226: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Este tipo de organização familiar, a chamada família monoparental, cresce cada vez mais, devido a fatores como divórcio, viuvez, união livre, celibato, dentre outras razões. Os fatores sociais fizeram com que o assunto fosse tratado em nível constitucional, pois não poderia ficar sem a devida proteção no tocante aos direitos fundamentais. A família monoparental, na sua maioria, segundo levantamentos são compostas em 82%³ só pela mãe ou pelo pai (este de 1995). Anteriormente, os estudos que comprovam o aumento marcam que em 1980, que eram 79%³ dirigidas por um dos cônjuges. No estudo inicial, em 1970, a presença do pai ou mãe era de 75%. Convém ressaltar que nessa organização familiar, a maioria é chefiada por mulheres.

2.4. Do Casamento

O casamento é uma forma de união entre homem e mulher, onde pela vontade das partes, de maneira formal, tem o objetivo de constituir uma família. É a forma de constituição familiar mais tradicional, pode ser civil ou religioso e ambos têm amparo legal pelo Código Civil.

No conceito de Paulo Lôbo *apud* Tartuce (2011, p. 997) “O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.

Ressalta-se que, apesar da Legislação dispor somente do casamento entre homem e mulher, o Supremo Tribunal Federal em 2011 reconheceu por votação unânime o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob o fundamento de vários princípios constitucionais. Portanto, agora considera-se família tanto a união heterossexual quanto o homossexual.

E como já foi dito, é dever do Estado tutelar a família, o Estado regula as formas matrimoniais, entre eles está o casamento. Segundo o entendimento de Silvio Rodrigues (2004, p. 25):

“O casamento, principal forma de constituição da família, desperta tamanho interesse do Estado que este o disciplina minuciosamente, cuidando de maneira pormenorizada não só de sua celebração como também dos pressupostos e das formalidades preliminares que o devem anteceder”.

A lei exige certos requisitos sem os quais não se é possível à realização do casamento, sendo dever do Estado verificar se as partes que desejam constituir matrimônio se enquadram dentro desses requisitos, assim o Estado pode autorizar ou proibir a celebração.

As formas admitidas pelo Estado para a celebração do casamento estão dispostas no art. 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988, sendo o civil regulado pelo art.

1.512 do Código Civil (CC) e o religioso com efeitos civis regulado pelos artigos 1.515 e 1516 do CC.

2.5. Da União Estável

A união estável é definida no art. 1.723 do Código Civil, sendo a mesma do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que estabelece ser reconhecida a entidade familiar entre homem e mulher, que seja duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir uma família. A proteção do Estado à união estável está disposta no § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2009, p. 375-389) para que seja caracterizada a união estável, é necessário conter alguns pressupostos essenciais. A diversidade de sexo, pois de acordo com o legislador é reconhecida a união estável entre homem e mulher como está aludido no art. 1.723 do Código Civil.

Entretanto já existe posicionamento pacífico de união entre pessoas do mesmo gênero, pois foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Diante disso o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução n.º 175 que determina aos cartórios converterem união estável homoafetiva em casamento e realizar casamentos entre pessoas do mesmo sexo .

2.6. Controle jurisdicional acerca da União Estável

Antes de ser reconhecida a união estável como entidade familiar, havia vários preconceitos a cerca do concubinato, sendo o(a) companheiro(a) eximido de direitos que antes eram somente percentes aos cônjuges.

Todavia, a nossa Carta Magna reconheceu a união estável como entidade familiar em seu art. 226, § 3º facilitando assim sua conversão em casamento e dando ao companheiro(a) direitos antes não reconhecidos, prova dessa mudança segue o julgado que se transcreve:

União estável. Casamento. Conversão. Efeitos. Termo inicial “União estável - Conversão em casamento - Validade - Termo inicial - Art. 8º, Lei 9.278, de 1996- Art. 226, §3º, CF/88- União Estável - Conversão em casamento - Validade - Termo inicial - O casamento, resultante da convocação da união estável, tem vigência a partir da data do pedido e exige que os conviventes não tenham impedimentos. Recurso parcialmente provido”. (TJRJ - 9ª. C. Cív. – AC 1621/ 97- RJ - (Reg. 290997)- Cód. 97.001.01621- rel. Des. Bernardino M. Leituga- j. 06.08.1997).

Viana (2000, p. 31) aponta que a família natural, estaria na gradativa eliminação da diferenciação entre as espécies de filiação e da progressiva atribuição de direitos à concubina, acabando por se firmar na ordem jurídica a família concubinária como uma entidade familiar e sendo reconhecida constitucionalmente pelo art.226 da CF/88 e, conseqüentemente, regulamentada pela Lei nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96.

2.7 Direito Sucessório do Companheiro(a)

A morte é o cerne de todo o direito sucessório, uma vez que apenas ela determina a abertura da sucessão hereditária. Nesse sentido, adota o Código Civil o *droit de saisine*, segundo o qual a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se dá no momento da morte do falecido, independente de quaisquer formalidades.

Assim, no caso de morte, ao transferir a herança, transmite-se apenas a propriedade e a posse dos bens e direitos do de cujus, mas também tudo que esse era titular, como as dívidas, as pretensões e ações contra ele, pois aquela compreende o ativo e o passivo.

O direito sucessório é tratado no Direito Brasileiro pelo Código Civil, que trata em seu artigo 1.790 a sucessão daqueles que vivem em união estável. Ao prever em artigo próprio tal 18 sucessão, a opção legislativa é bastante criticada, uma vez que mais o razoável seria a simples equiparação do companheiro ao cônjuge para fins de direito sucessório.

Outra crítica comum ao disposto é a localização topográfica do artigo 1.790, isso porque esse se encontra nas disposições gerais sobre direito sucessório, e por essa razão poderia gerar a dúvida sobre se o companheiro seria ou não considerado herdeiro necessário.

Para o estudo da divergência sobre a caracterização do companheiro como herdeiro necessário ou não, é necessária a análise do artigo 1.845, do CC/02, que assim dispõe “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”, qual verifica-se que o companheiro não está expresso no rol legal do artigo 1.845, supra.

Diante disso, duas interpretações são possíveis. Uma primeira, ampliativa, na qual se inclui o companheiro como herdeiro necessário ainda que não esteja ali mencionado. Isso porque, o artigo 1790, CC utiliza o tempo “participará” para indicar a obrigatoriedade da presença de bens por ele sucessíveis, ou seja, se há bens sucessíveis, a estes, o companheiro não pode ser afastado. Todavia, se não há bens sucessíveis, o companheiro pode ser alheado da sucessão.

Bem, como uma segunda interpretação, mais restritiva, que impõe uma leitura literal do referido artigo, considerando que o legislador não o quis considerar como herdeiro necessário, mas apenas como facultativo.

A evolução história do direito brasileiro demonstra um avanço principalmente constitucional para aceitação e incorporação das mudanças sociais as normas jurídicas.

Nesse sentido, verifica-se na Carta Magna uma compatibilidade com a realidade social que deixou de garantir direito apenas à família constituída pelo casamento, para englobar como entidade familiar a união que se perfaz com base no amor, carinho e afeto.

Todavia, não se pode considerar válido o retrocesso trazido pelo legislador do Código Civil de 2002, ao prever diferença entre o direito sucessório do companheiro e do cônjuge, uma vez que ambos os institutos são constitucionalmente classificados como entidade familiar.

Contudo, ainda que o tema seja bastante discutido, o que se verifica é que até o presente momento o artigo continua em vigor, o que provoca bastante insegurança jurídica ao ordenamento, já que o(a)companheiro(a) não tem seu direito reconhecido no que diz respeito ao herdeiro necessário.

Preza-se pela revogação do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro de 2002 e a citação do companheiro(a) em todos os dispositivos que tratam do direito sucessório, bem como, acrescentando o companheiro(a) no rol dos herdeiros necessários.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto. 1988

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406. Brasília: Planalto. 2002.

BALIARDO, Rafael. **CNJ autoriza casamento gay em cartórios**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-14/cnj-determina-cartorios-convertam-uniao-estavel-homofetiva-casamento>. Acesso em 24 de setembro de 2013.

DIAS, Adahyl Lourenço. **A Concubina e o Direito Brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 5. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**, 19. ed. Rio de Janeiro:Forense. Ano 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. V. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROQUE, Sebastião José. **Direito de Família**, 2. ed., Saraiva. Ano 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Família**. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade (organiz.). **Temas atuais de direito civil na constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.