



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**

**WAGNER NIEHUES DE SOUZA**

**A DIFERENÇA DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA NA SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PLURALIDADE FAMILIAR E DO CÓDIGO CIVIL**

Palhoça  
2009

**WAGNER NIEHUES DE SOUZA**

**A DIFERENÇA DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA NA SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PLURALIDADE FAMILIAR E DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Anna Lúcia Mattoso Camargo, Msc.

Palhoça

2009

**WAGNER NIEHUES DE SOUZA**

**A DIFERENÇA DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA NA SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PLURALIDADE FAMILIAR E DO CÓDIGO CIVIL**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 12 de novembro de 2009.

---

Prof. e orientador Anna Lúcia Mattoso Camargo, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Denis de Souza Luiz

Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Patrícia Russi, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPOBSABILIDADE**

### **A DIFERENÇA DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA NA SUCES- SÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, À LUZ DO PRÍNCI- PIO CONSTITUCIONAL DA PLURALIDADE FAMILIAR E DO CÓDIGO CIVIL.**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativamente, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 12 novembro de 2009.

**WAGNER NIEHUES DE SOUZA**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pela vida.

A minha mãe, Maria, pelo esforço, dedicação e incentivo nos momentos mais difíceis.

Por fim, agradeço a Flavinha, que é a pessoa especial que deus colocou na minha vida que teve o dom de me entender nas horas difíceis e tentar de todas as formas dando força e motivação para que pudesse continuar. Aos meus amigos em especial, Maria Julia, Regiane, Sidney e Gean, que auxiliaram e apoiaram cada um da forma que pode para que eu pudesse concluir este trabalho, e a todos os meus amigos pela compreensão, paciência e palavras positivas.

## RESUMO

Faz-se necessário conhecer a diferença existente, na doutrina e na prática entre os direitos do cônjuge e do companheiro. No entanto vale ressaltar que nem sempre foi assim, pois até a década de 90, o companheiro possuía direitos equivalentes ao dos cônjuges. Na análise de alguns doutrinadores o direito retrocedeu, pois o legislador no intuito de dar uma maior ênfase ao casamento, priorizando este, restringiu os direitos do companheiro. Deste modo, o companheiro não foi incluído legalmente no rol de herdeiros necessários. No entanto mesmo a constituição trazendo a figura da união estável como entidade familiar, equiparando a mesma ao casamento na formação familiar. Contudo o art. 1723, CC, expressa em sua redação que a união estável é reconhecida, como entidade familiar, sendo que no art. 1.725, CC determina, em regra, o regime de comunhão parcial de bens e garante direitos a alimentos ao companheiro. Mas, em razão dos julgados pelos Tribunais brasileiros e pelos estudos feitos da Constituição, se verifica-se a igualdade do companheiro e do cônjuge como membro da entidade familiar.

Palavras-chave: Cônjuge. Companheiro. Entidade Familiar. Igualdade.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 FORMAÇÃO DA FAMÍLIA.....</b>	<b>8</b>
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	8
2.2 FAMÍLIA NO SENTIDO RESTRITO E FAMILIA NO SENTIDO AMPLO.....	12
2.3 PRÍNCIPIO DO PLURALISMO FAMILIAR .....	13
2.4 ABERTURA DA SUCESSÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS (MORTE, HERANÇA E MEÇÃO) .....	18
<b>3 DIREITOS SUCESSÓRIOS.....</b>	<b>23</b>
3.1 CONCEITO DE HERANÇA .....	23
<b>3.1.1 Transmissão e aceitação da herança.....</b>	<b>25</b>
3.2 ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.....	26
<b>3.2.1 Herdeiros necessários .....</b>	<b>28</b>
<b>3.2.2 Herdeiros facultativos .....</b>	<b>30</b>
3.3 DIREITO DE REPRESENTAÇÃO.....	31
<b>3.3.1 Fundamentos jurídicos.....</b>	<b>33</b>
<b>3.3.2 Requisitos do direito de representação.....</b>	<b>34</b>
<b>3.3.3 Efeitos da representação .....</b>	<b>36</b>
<b>4 A DIFERENÇA DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA ENTRE O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE.....</b>	<b>37</b>
4.1 CONCEITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA .....	37
4.2 HERANÇA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE.....	39
4.3 HERANÇA DO CÔMPANHEIRO SOBREVIVENTE .....	43
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>49</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A família tem origem romana, sendo considerada no sentido amplo, incluindo o casal e seus filhos, ou o casal e seus parentes, incluindo o conjunto de escravos e servos que trabalhavam sob autoridade do *paterfamilias*.

Com o passar dos anos, a família sofreu mudanças na sua estrutura, atingindo a situação atualmente protegida pelo Estado. A mulher tem outra visão frente à sociedade e o poder de chefe de família foi dissipado, pois o homem e mulher exercem a chefia de família em igualdade de direitos e obrigações.

Destaca-se que a família possui uma garantia do Estado, pois por ser a célula de sua criação. A sociologia explica as mudanças da entidade familiar, com o passar dos anos. Assim, o trabalho foi dividido em três seções, que esclarecem sobre a formação da família, os direitos sucessórios e a diferença do direito de concorrência hereditária entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente.

Na segunda seção, foi abordado o histórico da formação da família, foi levantado a origem e características jurídicas do poder familiar. A família foi compreendida no seu sentido amplo e restrito, bem como foi analisada a abertura da sucessão.

Na terceira seção se tratou dos direitos sucessórios, trazendo o conceito de herança, forma de transmissão e aceitação da mesma, ordem de vocação hereditária e sobre a representação.

Para finalizar, quarta seção aborda-se a diferença do direito de concorrência hereditária entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente. Desta forma, apresenta-se a evolução da família e sua importância perante o Estado, e a diferença dos direitos do cônjuge e do companheiro.

Utilizou-se o método dedutivo para elaboração do presente trabalho. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, para efetuar a pesquisa, foram analisados doutrinas jurídicas, artigos de revistas jurídicas, bem como jurisprudências do tema em questão.

Destaca-se que a proposta do presente trabalho é analisar a diferença entre o cônjuge e o companheiro, sendo que a Constituição garante-lhes direitos iguais para as famílias formadas ou originadas pela união estável e do casamento, de forma equilibrada, priorizando a proteção da família.

## 2 A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA

Neste capítulo, faz-se necessário esclarecer alguns aspectos históricos da formação e evolução da família, pois para compreender a diferença do direito de concorrência hereditária na sucessão do cônjuge e do companheiro sobrevivente, à luz do princípio constitucional da pluralidade familiar e do código civil, necessita abordar a formação da família, de acordo com a legislação material pátria.

### 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A origem da família é romana, *famulus*, que significa escravo. O termo se originou, provavelmente, da palavra *osca famel (servus)* que quer dizer escravo. (LEITE, 2005).

Sendo que esta, não era só o casal e seus filhos, ou o casal e seus parentes, mas o conjunto de escravos e servos que trabalhavam sob autoridade do *paterfamilias*. A noção romana de família, que serviu de paradigma ao mundo ocidental, representava um conjunto enorme de pessoas que se encontravam-se subordinadas ao *paterfamilias*. A noção fundamental é que a origem da família decorre, de um lado, de idéia de subordinação, dos escravos e parentes e de outro, da idéia de poder de mando. (LEITE, 2005).

Ao longo dos anos a família sofreu modificações. Para melhor compreender, é necessário acompanhar as Constituições anteriores, suas transformações que contribuíram com os novos conceitos de família. Através de um comparativo serão verificadas as alterações da família anterior à Constituição Federal de 1988, bem como as inovações que envolvem a família atual.

A primeira Constituição Brasileira, outorgada por Dom Pedro I, não mencionou em momento algum a família ou o casamento. Assim, seguindo a mesma linha, a segunda Constituição, primeira da República (1891), também não proporcionou à família um capítulo especial. Porém no art. 72, § 4º, mencionou que o casamento civil era reconhecido pela República, devendo ser gratuita sua celebração. Isto ocorreu, porque com o surgimento do Brasil República, o país deixou de ter a religião católica como a oficial, por isso introduziu o casa-

mento civil como uma forma de constituição da família. Antes, não existia a separação Igreja/Estado, as famílias se constituíam pelo vínculo religioso, este já gerava efeitos civis. (FERREIRA, 2003).

Nenhuma sociedade pode viver sem valorizar a família. Esta depende, fundamentalmente, da vivência de valores, contribuindo para, exercer o papel de base da sociedade que é um elemento formador do Estado.

O comportamento das pessoas no passado eram formadas por Deus, Pátria, e, mesmo nas tiranias e monarquias absolutas, tal concepção, que os homens valorizavam, dava alento à sociedade. O conforto da família, a esperança de uma pátria melhor e a certeza de Deus acompanharam sempre o homem, em sua aventura pela terra, nada obstante o fantástico suceder de maus governantes, quase sempre os grandes destiladores de maus costumes. (FERREIRA, 1995)

O doutrinador Ferreira (1995, p. 338), esclarece o conceito jurídico e família, no seguinte sentido:

A família é uma célula social, tem uma importância básica na estrutura da sociedade, é a própria sociedade. Diversas teorias explicativas da origem do Estado salientam inclusive que tal unidade política resulta apenas de uma associação ou ampliação da família.

Ela recebe uma proteção especial do estado, pois com o seu amparo se aperfeiçoa e se aprimora a própria instituição política. O homem quando nasce é de imediato membro de uma família e pertence à unidade política de importância que é o Estado, para efeito de proteção do Estado a família é entendida mesmo com um sentido mais amplo na constituição de 1988.

A unidade familiar é reconhecida como a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

A família é a base da sociedade. É o grupo social formado por homem e mulher unidos pelo casamento, bem como os filhos, se houver. Deve ser a principal responsável pela formação da consciência cidadã do jovem e também apoio importante no processo de adaptação das crianças para a vida em sociedade. Uma boa educação dentro de casa garante uma base mais sólida e segura no contato com as adversidades culturais e sociais, características do período de amadurecimento. A ausência familiar gera problemas graves consequências na formação, alimentando valores contrários aos costumes familiares impostos pela sociedade, que levam os mais jovens ao mundo do vício e das futilidades. (FERREIRA FILHO, 1999).

O conceito de família foi ampliado pelo texto de 1988, visto que, para efeito de proteção do Estado, foi reconhecida como entidade familiar também a união estável entre o homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Segundo o Código Civil, Direito de família “é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção”.

É o conceito mais clássico de família que atende, naturalmente, a sistemática codificada de 1916. (LEITE, 2005).

O conceito de Bevilaqua (apud LEITE, 2005, p. 25) afirma que:

Direito de Família é o Complexo de normas que regulam a celebração do casamento (e da união estável) sua validade e os efeitos que (deles) resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal (e da união estável), as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco (do companheirismo) e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Embora fique clara a preferência do constituinte pelo casamento entre homem e mulher (uma vez que estabelece que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento), destacamos a importância desde novo preceito constitucional (união estável), ampliando o conceito de entidade familiar.

Aprimorando o sistema anterior, que só reconhecia a sociedade biparental, filhos de pai e mãe, tanto que as mães solteiras eram extremamente marginalizadas, fundado em ultrapassado modelo patriarcal e hierarquizado, Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a família monoparental, como entidade familiar. (FERREIRA FILHO, 1999).

Nesse sentido, nos termos do art.226,§4º, CF., entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O Estado, então, deverá assegurar proteção especial para as mães solteiras, os pais solteiros, a comunidade de pai ou mãe separados ou divorciados e eventuais filhos, bem como as famílias constituídas por inseminação artificial, produção independente e outras formas atuais de constituição de família. (FERREIRA FILHO, 1999).

Portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (art.226, §5º, CF.) e os filhos (art.227, §6º, CF.).

O constituinte, todavia, não poderia desconhecer uma triste realidade dos dias atuais, qual seja, a da união sem vínculos formais entre um homem e uma mulher, com a prole decorrencial, que pode advir dessa união.

A família é formada pela cultura e não pelo grupo natural, é uma estruturação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar e uma função. Existe o lugar do pai, do irmão, da mãe e dos filhos, sem necessariamente serem consanguíneos, como por exemplo: o caso dos filhos adotivos. Trata-se de ocupar uma função como membro da família. (PEREIRA, 2003).

O doutrinador Pereira, (2003, p. 14), esclarece sobre a estrutura da família, no seguinte sentido:

É essa estrutura familiar, que existe antes e acima do Direito, que nos interessa investigar e trazer para o Direito. E é mesmo sobre ela que o Direito vem, por meio dos tempos, regulando e legislando, sempre com intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão (sem esta estruturação familiar na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais que remetem a um ordenamento jurídico.

Por essa razão, estende a proteção do Estado à família não constituída pelo casamento, mas pela união estável de um homem e de uma mulher, considerando tal união uma entidade familiar. (BASTOS, 2000).

O Estado estimula a conversão dessa união em casamento. Protege, portanto, a entidade familiar, mas deseja que essa entidade se transforme em casamento, razão pela qual o aparelho do Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento. (BASTOS, 2000).

Ensina Bastos, (2000, p.1021), na sua visão de entidade familiar que:

Á luz do referido dispositivo, parece-me de manifesta inconstitucionalidade o projeto de lei da Deputa Marta Suplicy, pretendendo dar ares de entidade familiar à união de pederastas e de lésbicas, visto que tal tipo de entidade não é reconhecido pela Constituição, não representa a formação de uma entidade familiar e agride, inclusive, o conceito de família hospedado pela Lei Suprema.

No que concerne ainda sobre o entendimento sobre entidade familiar, cabe também salienta a visão de José Carlos Cal Garcia.

Esclarece Garcia, (1989, p. 218).

A Constituição define a família como aquela resultante de casamento. As propostas que ampliavam esse conceito, visando a reconhecer, para fins de proteção do Estado, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, foram aceitas pelo Plenário. No entanto, vale salientar, que averiguando as constituições anteriores a Constituição de 1988, verifica-se que está é a primeira no Brasil a reconhecer a “união estável entre o homem e a mulher” como sendo “entidade familiar”. Isso significa que tal união passa a ser considerada como família e assim goza da proteção que a esta der o Estado.

É evidente os requisitos para que tal união seja considerada estável e conseqüentemente se alce à condição de entidade familiar, competindo a legislação infraconstitucional definir.(DIAS, 2007).

O conceito de família está fugindo cada vez mais da idéia de matrimônio. Antes, a família era vinculada ao casamento, sexo e procriação. Hoje a situação é bem diferente, pois muitas coisas mudaram, umas delas foi a engenharia genética, que permitiu que a concepção não decorresse exclusivamente do contato sexual. Outra mudança foi a criação de métodos contraceptivos, facilitou o sexo que passou a ser feito antes ou até fora do casamento, visto que caiu o mito da virgindade. Além disso, o casamento deixou de ser o único reduto da con-

jugalidade. Também cabe ressaltar que a emancipação da mulher a levou para fora de casa, com o seu ingresso no trabalho. (DIAS, 2007)

## 2.2 FAMÍLIA NO SENTIDO RESTRITO E FAMILIA NO SENTIDO AMPLO.

A família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

Como conceitua Torino, (revista de informação Legislativa, nº125/141):

O conceito de família pode ser analisado sob duas acepções: ampla e restrita. No primeiro sentido, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, de descendência comum, englobando, também, os afins – tios, primos, sobrinhos e outros. É a família distinguida pelo sobrenome: família Santos, Silva, Costa, Guimarães e por aí afora, neste grande país. Esse é o mais amplo sentido da palavra. Na acepção restrita, família abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos [...]. É na acepção *stricto sensu* que mais se utiliza o termo família, principalmente do ângulo do *jus positum*[...]

A família em sentido amplo é definida como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, §2º, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico. A Lei nº 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, no art. 241, considera como família do funcionário, além do cônjuge e prole, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem de seu assentamento individual. (DINIZ, 2004).

A autora Maria Helena Diniz define três categorias de família, ou seja, em sentido amplíssimo, na acepção lato e no sentido restrito.

Ensina Diniz, (2004, p. 10), sobre o que defini como acepção lata:

Na acepção lata, além dos cônjuges e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes de outro cônjuge), como a concebem os arts. 1.591 e s. do Código Civil, o Decreto-lei nº 3.200/41 e a Lei nº 883/49).

Entendem-se sobre família no sentido restrito como, não sendo somente o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja unicamente os cônjuges e a prole (CC, art. 1.567 e 1.716), mas também a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §3º e §4º, da Constituição Federal de 1988, independente de existir o vínculo conjugal, que a originou. Tendo em vista, que a Constituição de

1988, inovou ao retirar da Constituição anterior o artigo 175, que seria família a constituída pelo casamento. (DINIZ, 2004).

Ensina também Venosa (2006, p.2), sobre as classificações de família:

[...] importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob pátrio poder ou poder familiar.

O vocábulo “família” é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos. (RODRIGUEZ, 2004).

Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau. (RODRIGUEZ, 2004).

Num sentido ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole. É com essa conotação que a maioria das leis a ela se referia. Assim, por exemplo, a lei de proteção à família (Dec.-lei nº 3.200, de 19-4-1941).(RODRIGUES, 2004)

Salienta-se que mesmo, a Carta Magna de 1988, ter recepcionado a união estável, esta também deixa claro o desejo da sociedade que é expresso pelos legisladores que, toda família seja constituída pelo casamento.

### 2.3 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

Entende-se que o princípio do pluralismo familiar é a família originada de diversas formas, ou seja, a família originada do casamento, da união estável e da família monoparental que é formada por um dos pais e seus filhos. (RODRIGUES, 2008).

O princípio do pluralismo familiar esta prescrito na Constituição Federal de 1988, mas a pouco teve este princípio reconhecido, ou seja, efetivamente aplicado.

As Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, seguindo o mesmo raciocínio, unificaram o casamento como sendo indissolúvel e a única forma de se constituir uma família. (PEREIRA, 2003, p. 9-10)

CF 1937: Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proposição dos seus encargos.

CF 1946: Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

CF 1967: Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º: O casamento é indissolúvel

CF 1969: Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º O casamento é indissolúvel (modificado pela Emenda Constitucional n. 9/77, que instituiu o divórcio no Brasil).

Entende-se que a família passou por transformações ao longo dos tempos, tanto é que ocorreram diversas alterações nas legislações, uma delas se refere ao Estatuto da Mulher Casada, que conferiu à mulher a capacidade de ter a posse dos bens adquiridos através do seu trabalho. (DIAS, 2007).

Logo após, a lei do divórcio (Lei nº. 6.515/77) colocou fim à idéia de que o casamento era indissolúvel. Foram surgindo novos conceitos, houve a emancipação da mulher, a descoberta de métodos contraceptivos, bem como a evolução da engenharia genética. A família passou a valorizar mais o vínculo afetivo. (DIAS, 2007)

A definição do conceito de família, segundo o jurista Beviláqua (apud PEREIRA, 2003, p. 6):

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Observa-se que existia uma taxatividade do que significava uma família, pois somente era reconhecida aquela constituída pelo matrimônio.

O principio do pluralismo familiar veio consagrado na constituição de 1988 em seu art.226, §3º da Constituição Federal, a qual abriu um conceito amplo de família. Trazendo, a interpretação constitucional nos levará à ilação de que o pluralismo familiar compreende não somente as famílias explicitamente reconhecidas pela Carta Magna casamento, união estável e família monoparental. (PEREIRA, 2003).

A Constituição de 1988 inovou as formas de constituição de família:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado  
§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, p.105, 2009).

Na década de 1967, houve uma revolução nos costumes, e a Constituição de 1988 inseriu no seu contexto estas modificações sociais. Passou a proteger a família que não fosse constituída pelo casamento. A família deixou de ser singular, ou seja, aquele conceito de que família era constituída unicamente por pai, mãe e filho não existe mais, pois a própria Constituição reconheceu a família plural, aquela formada por mães solteiras, uniões homoafetivas, união estável, filhos havidos fora do casamento, etc. (PEREIRA, 2003).

Tendo em vista os tempos, atuais os legisladores tiveram que acompanhar os costumes e tradições que existem na sociedade e visto que inúmeros eram os casos de pessoas que viviam em união estável, deu-se o reconhecimento como família, protegida pelo Estado, com denominação de entidade familiar.

A família monoparental, é constituída somente de uma pessoa, qual seja ou homem ou a mulher, com seus filhos. Sendo que o maior número de famílias monoparentais são formadas por mulheres, que não chegam sequer a ter uma união estável com seu companheiro e criam seus filhos sozinhas.

O crescente envolvimento da mulher em atividades profissionais, a liberação sexual, a institucionalização do divórcio, a constituição de relações íntimas e informais mesmo por pessoas já casadas, a obtenção abundante de informações sobre as mais variadas tendências culturais por intermédio dos mais variados meios de comunicação como a internet, o desenvolvimento precoce das crianças e sua constante exposição a acontecimentos que não são restritos ao seio familiar pela televisão (e nem sempre os seus responsáveis gostariam que elas tomassem conhecimentos sobre tais fatos e pelo computador. (DIAS, 2007).

A maior integração infanto-juvenil, a desconstrução social da chamada era da inocência (dando-se notícias aos infantes que são bem diferentes do mundo imaginário), as relações sexuais iniciadas em idade cada vez mais tenra; enfim, a quantidade de motivos para a destruturação da família patriarcal do século XIX, é tão imensa que poderiam ser escritos tratados sobre o assunto, e eles não se prestariam a analisar de forma completa todos os fatores sociais, econômicos e jurídicos que levaram à mudança drástica das relações familiares. . (DIAS, 2007).

A figura do pai ser o “cabeça” da família o chefe da família não é mais a regra, pois hoje ambos, tanto o pai quanto a mãe, podem ser os chefes da família, exercendo o poder

familiar, sendo em nossa sociedade, um fato consolidado, com o art. 5º, I, CF, c/c art. 226, §5º, CF. (COELHO, 2006).

Todos esses elementos não se coadunam, obviamente, com uma legislação idealizada no final do século XIX, que impede o fim do casamento, senão por morte ou a separação; considera o homem o chefe da sociedade conjugal, administrador único do patrimônio comum e usufrutuário dos bens exclusivos da mulher; protege mais a honra do marido que a da mulher, ao prescrever regra odiosa segundo a qual o desvirginamento anterior da mulher; desconhecido pelo marido lhe possibilitava restituí-la aos seus pais, como se fosse um produto defeituoso; trata desigualmente os filhos, conferindo aos ilegítimos uma situação jurídica esdrúxula à qual eles obviamente não deram causa; protege o suposto pai mais que o filho que busca as suas verdadeiras origens; outorga o pátrio poder auxiliado pela genitora, que aparentemente o favorece mais que a sua própria prole. (COELHO, 2006).

Entende-se existir três modelos de família: a tradicional, romântica e contemporânea. A família tradicional segundo o autor é a que existia em meados do século XIX, o pai era poderoso chefe em torno do qual gravitavam os demais membros. A ele competiam todas as decisões: escolher a profissão dos filhos homens, definir amizades que a mulher e filhas poderiam cultivar, determinar os horários em que elas podiam sair de casa e a companhia que estavam autorizadas a ter. De todas as decisões que unilateralmente tinha o poder de tomar, a mais importante era a escolha da pessoa com quem seus filhos iriam se casar. Independentemente do sexo, o filho casava com quem o pai determinava. (COELHO, 2006)

Já na romântica, que existiu entre meados do Século XIX, até os anos 1960, o pai perde boa parte de seu poder tirânico, mas continua ainda centralizando a vida da família. As pessoas passam a gozar de certa liberdade na escolha do futuro cônjuge. O casamento deixa de ser um contrato entre famílias, quase sempre norteado pelos interesses econômicos dos pais; torna-se o encontro de seres que se identificam de algum modo. Chama-se romântica essa estrutura familiar porque com ela tem início o processo de despatrimonialização do direito de família. (COELHO, 2006).

O jovem se arriscava a pedir a mão em casamento da mulher amada se tivesse alguma esperança de não ser recusado pelo pai dela; isto é, se podia se apresentar como alguém em condições de proporcionar-lhe um padrão de vida semelhante ao que tinha na casa do pai. Na família do noivo, em princípio, o pai era apenas informado da decisão do filho, ou que o agradasse, para não correr o risco de sofrer algum prejuízo material. (COELHO, 2006)

Definindo ainda, como família contemporânea é resultado da mudança significativa na condição da mulher na sociedade, ocorrida na segunda metade do século passado. Podendo exercer sua sexualidade com mais liberdade, graças à pílula anticoncepcional, e ocupando no mercado de trabalho lugar de importância equivalente ao do homem, a mulher pode ser independente; não tem mais que aceitar minimamente a idéia de casar ou deixar de casar em função da vontade do pai. A chefia da família contemporânea não é mais do homem, e as decisões importantes (domicílio, local das férias, redecação da casa etc.) surgem de intensa negociação com a mulher e os filhos. Quanto ao casamento destes, os pais são meramente informados, com mais ou menos solenidade, acerca da decisão adotada diretamente pelos noivos. (COELHO, 2006)

Uma nova era das relações familiares se iniciou já há algumas décadas, tornando-se urgente a mudança de mentalidade do aplicador da norma jurídica, sob pena de que não tenha o efeito prático desejado de pacificar as relações sociais.

Esclarece Garcia (1989, p. 218):

Não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar. Entende-se, também como tal, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, para efeito de proteção do Estado, também, a união estável entre homem e mulher, cumprido à lei facilitar sua conversão em casamento. Em qualquer desses casos, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, especificando aqui o direito de igualdade entre ambos, já consignado no art.5º, I (art.226).

Tem em vista a evolução do tempo e da sociedade as leis terão que acompanhar o andar que a o cotidiano a cada dia mais inova trazendo uma forma nova de interpretação das coisas que no passado nem eram pensadas, ou eram recriminadas. Algumas condutas como por exemplo: “mãe solteira”, era discriminada na sociedade, pois não estava dentro das diretrizes por ela regradadas. Hoje, não mais existe este preconceito tão acirrado como em tempos passados existiam. Hoje é até normal, somente um dos pais cuidarem da educação dos filhos, seja por ter existido uma separação, seja por nem sequer ter existido uma união, por se tratar de uma situação corriqueira, vivida rotineiramente.

Ensina Venosa (2006, p. 46.) sobre o que defini a questão da configuração da união estável:

O decurso mais ou menos longo é o retrato dessa estabilidade do casal. A questão do lapso temporal não é absoluta, pois a Constituição federal não estabeleceu um tempo determinado e sim que deveria haver o animus de constituir família. Sendo assim, apesar da importância do fator tempo para a constatação da união estável, esse fator não é absoluto, pois existem casos em que. Independentemente do tempo da união, a entidade familiar fica caracterizada como por exemplo, nos casos em que há o nascimento de prole.

O pluralismo familiar se desenvolveu com o passar dos anos, sendo que com a evolução e as novas necessidades da sociedade, só existia o reconhecimento de família. Com o passar dos anos, advindo às novas gerações, a sociedade foi se adequando a vida moderna. Após o ingresso da mulher no mercado de trabalho, uma mudança razoável no que se pode entender como família, pois, pelo curto espaço de tempo disponível a vida passou a ser mais agitada e não só para a mulher mais toda a família. (VENOSA, 2006)

Uma das causas da união estável é a facilidade de sua constituição, pois, poucas pessoas pensam que a união entre o casal deve ser para sempre, hoje, não mais se pensa assim. As formalidades que requer um casamento levam muitas pessoas a viver em união estável, por talvez não possuir a segurança de um casamento ou simplesmente pela burocracia que existe nesse instituto que é o casamento. (VENOSA, 2006).

Por haver inúmeros casos de pessoas que se encontram na “informalidade”, a constituição, como deve acompanhar a evolução da sociedade, atentou-se em constituir a união estável.

#### 2.4 ABERTURA DA SUCESSÃO E SUAS CONSEQUENCIAS (MORTE, HERANÇA E MEAÇÃO).

De origem latina, a palavra sucessão significa, dentre outras acepções, suceder, vir após, entrar no lugar de outrem. Da a idéia de substituição de pessoa no desempenho de certa atividade, cargo ou função, como de uso na atuação política ou empresarial, ou da transmissão da propriedade de bens pela troca dos titulares, tal seu emprego nos negócios jurídicos, em que alienante sucede o adquirente” (TARTUCE, 2008)

A abertura da sucessão se dá, pelo falecimento do *de cuius*, ocorrendo este evento os bens que a ele pertenciam, serão arrolados e quantificados, visto por conseguinte a separação entre seus herdeiros, cuja ordem se dá por graus.(GONÇALVES, 2009).

A sucessão será legítima se o testamento não abarcar todos os bens deixados pelo falecido (art.1.788 do CC). Dessa forma, se o testador legar uma casa ao seu sobrinho, João todos os seus demais bens, bem como as suas dívidas, seguirão a ordem de vocação hereditária, sendo a sucessão legítima nesse caso. (TARTUCE, 2008).

O art.1.784 do Código Civil expressa:

“Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (BRASIL, 2008a, p. 219).

A abertura da sucessão é efeito instantâneo da morte de alguém. Não se confunde, portanto, com sua causa. Deriva de fato jurídico *strito sensu* com o qual coincide cronologicamente, mas, do ponto de vista *lógico*, sucede à morte do *auctor successionis*. Não se identificam, numa palavra.(GOMES, 2004).

O equívoco de tal confusão, tem levado escritores a versarem sobre a abertura da sucessão, levantando, a questão de sua prova e dos efeitos da ausência. (GOMES, 2004).

A abertura da sucessão se dá com a morte que pode ser real ou presumida, somente se verificando, nesta última hipótese, quanto aos ausentes. Presume-se a morte do ausente dez anos após ter passado em julgado a sentença da abertura de sua sucessão provisória, ou quando este completaria oitenta anos, datando de cinco anos as últimas notícias suas e, ainda, se for extremamente provável sua morte. (GOMES, 2004).

Abre-se, em regra, a sucessão no lugar do último domicílio do falecido. Não se leva em conta a residência, senão a sede principal dos interesses e negócios do autor da sucessão. (GOMES, 2004).

A sucessão dos filhos sob poder familiar, abre-se no local em que os pais forem domiciliados. O domicílio voluntário consiste num comportamento constituído por um ato inicial de destinação e uma conduta sucessiva, estando presente em ambos uma determinação psíquica. (GOMES, 2004).

Interessa a determinação do lugar da abertura da sucessão, porque a lei o tem condição de alguns efeitos. Por ele se determina a competência para processar o inventário dos bens deixados. Determina, igualmente, o foro das ações dos co-herdeiros, legatário e credores, relativas às heranças e legados. Atos compreendidos no direito sucessório devem praticar onde se deu a abertura da sucessão. Tais, dentre outros, a renúncia e a abertura da sucessão. (GOMES, 2004).

O Código Civil de 2002 aperfeiçoou a redação do dispositivo, não mais falando em transmissão do “domínio e posse da herança”, como o fazia o art. 1.572 do Código de 1916. O vocábulo “domínio” tem acepção restrita aos bens corpóreos, enquanto a palavra “herança” tem maior amplitude, abrangendo o patrimônio do *de cuius*, que não é constituído apenas de bem materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma uni-

versidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico (CC, art. 91). (BRASIL, 2008a, p. 31).

A herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis. Compreende, portanto, o ativo e o passivo (CC, arts. 1.792 e 1.997). Os bens incorpóreos não se enquadram no termo “domínio”. Daí a sua correta substituição, no dispositivo em apreço, pela palavra “herança”. (NICOLAU, 2005)

A existência da pessoa natural termina com a *morte real* (CC, art. 6º). Como não se concebe direito subjetivo, sem titular, no mesmo instante em que aquela acontece *abre-se* a sucessão, transmitindo-se atualmente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cuius*, sem solução de continuidade e ainda que estes ignorem o fato. (NICOLAU, 2005).

Na impossibilidade de se admitir que um patrimônio permaneça sem titular, o direito sucessório impõem, mediante uma ficção jurídica, a transmissão da herança, garantindo a continuidade na titularidade das relações jurídicas do defunto por meio da transferência imediata da propriedade aos herdeiros. (NICOLAU, 2005).

Não há que falar em herança de pessoa viva, embora possa ocorrer a abertura da sucessão do ausente, presumindo-se lhe a morte, como dispõem o art.26 e seguintes do Código Civil.

Destarte, constituem prepostos da sucessão, que o *de cuius* tenha falecido, que lhe sobreviva herdeiro. Se o autor da herança estiver vivo, não haverá sucessão (*viventis nulla hereditatis*). A morte civil (*ficta mors*), admitida no direito romano, não subsiste no direito moderno. Abre-se a sucessão somente com o óbito, real ou presumido. (GONÇALVES, 2009).

Com a morte, a que se refere o legislador é a morte natural. Não importa o motivo que a tenha determinado. A expressão “abertura da sucessão” é, todavia, abrangente. Por conseguinte, mesmo no caso de suicídio abre-se a sucessão do *de cuius*. (GONÇALVES, 2009).

A lei prevê, ainda, ao lado da morte natural, a *morte presumida do ausente*, como referido. O art.6º do Código Civil, com efeito, refere-se à ausência como morte presumida.

O patrimônio transmissível, portanto, contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente. Os direitos e deveres meramente pessoais, como a tutela, a curatela, os cargos públicos, extinguem-se com a morte, assim como os direitos personalíssimos. (VENOSA, 2003).

Ensina Venosa (2003, p. 22) sobre a herança e o patrimônio:

Durante o período em que a herança tem existência, patrimônio hereditário possui caráter de indiviso, como consequência da universalidade que é. Cada herdeiro se porta como condômino da herança.

Embora a herança seja uma unidade abstrata, ideal, que pode até mesmo prescindir da existência de bens materiais, não se deve acreditar, de plano, que seja indivisível. Quando existem vários herdeiros chamados a suceder o *de cujus*, divide-se entre eles em partes idéias, fracionárias, de metade, um terço, um quarto etc. desse modo, a unidade da universalidade concilia-se com a coexistência de vários herdeiros, porque cada um deles tem direito a uma quota-parte ou porção ideal da universalidade. A idéia é de condomínio, como já dito. Disso decorrem muitas consequências, como se pode prever. Cada um dos herdeiros é potencialmente proprietário do todo, embora seu direito seja limitado pela fração ideal.

Ausente, na sistemática do Código Civil brasileiro, é a pessoa que desapareceu de seu domicílio, ou seja, está em lugar incerto e não sabido, não tendo procurador ou representante para administrar os seus bens. (VENOSA, 2003).

À proteção, que tem caráter patrimonial e visa salvaguardar seus bens, e não a sua pessoa, será feita pela nomeação judicial de um curador de ausente sempre que ele tiver bens abandonados, inexistindo qualquer procurador para administrá-los, seja por não ter sido nomeado, por ter renunciado ao seu mandato, ou por ter expirado o prazo, para o qual foi constituído como representante. (VENOSA, 2003).

Contudo se existir mandatário nomeado, no pleno exercício de suas funções, não cabe a declaração de ausência do desaparecido durante o prazo de três anos a contar do desaparecimento do ausente, findo o qual é possível a declaração de ausência e a abertura da sucessão. (WALD, 2007).

Reaparecendo o ausente no prazo de 10 anos após abertura da sucessão definitiva, terá ele direito a receber, no estado em que se encontram os bens existentes ou os subrogados, ou ainda, o preço recebido pelo sucessor, devendo provar que se tratam de bens subrogados e que o dinheiro encontrado nas mãos do sucessor corresponde ao preço. Não há presunção neste sentido e é plenamente lícito ao sucessor dispor desses bens por ato gratuito inter vivos. (WALD, 2007).

Os princípios aplicáveis à matéria são; os atos praticados pelo sucessor são válidos; o sucessor não deve enriquecer-se à custa do ausente; o ausente não pode diminuir o patrimônio do sucessor; o ausente não tem o direito ao recebimento dos frutos. (TARTUCE, 2008)

Com relação aos bens comuns, marido e esposa são co-proprietários, tecnicamente chamados de meeiros. É importante dizer que a meação não surge com a morte de um dos cônjuges; ela existe durante o período em que durar o casamento. A meação é instituto de Di-

reito de Família já que mantém relação com o regime de bens. Não constitui, portanto, instituto de Direito Sucessório. (TARTUCE, 2008).

A meação do cônjuge, não é herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. Na comunhão universal, todo o patrimônio é dividido ao meio. Na comunhão de aquestos, vai-se dividir pela metade os bens adquiridos na constância do casamento. Se há pacto antenupcial, a meação será encontrada de acordo com o estabelecido nessa escritura. Portanto, ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal da meação segue as regras da partilha, dependendo do regime de bens adotado. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes. (VENOSA, 2003).

Venosa (2003, p. 104) esclarece com propriedade que:

O cônjuge meeiro, bem como o convivente na união estável, também tem interesse na partilha, para separar sua meação, que não é herança, mas está em condomínio com os herdeiros. Tanto o cônjuge sobrevivente como o convivente também podem concorrer à herança. Seu direito decorre, no novo sistema, não só do fato de ser condômino, o qual pode, a qualquer momento, pedir a extinção da comunhão, como também porque pode ser herdeiro.

Assim, o cônjuge, em qualquer hipótese mesmo concorrendo com descendentes ou ascendentes, receberia metade do patrimônio familiar a título de meação, como se sempre lhe tivesse pertencido, constituindo a corporificação e a concretização daquela fração a que tinha direito na comunhão existente durante a vigência da sociedade conjugal. (WALD, 2007).

Como meação se confunde com herança, se o sobrevivente do casal desejar atribuí-la a herdeiros, tal atribuição se constitui num negócio jurídico inter vivos. Não existe, na verdade, uma renúncia à meação. O que se faz é uma transmissão aos herdeiros do *de cuius*, ou a terceiros. (WALD, 2007).

### 3 DIREITOS SUCESSÓRIOS

O direito sucessório é a possibilidade jurídica de suceder alguém nos seus direitos, na transmissão de seus bens por ato causa *mortes* e gratuito. Na seqüência faz-se necessário esclarecer o conceito jurídico de herança, típico do direito sucessório.

#### 3.1 CONCEITO DE HERANÇA

O termo herança é exclusivo do direito das sucessões. Entender-se que herança é o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem em razão da morte de uma pessoa ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido.

Conceitua Lisboa (2006, p. 415):

Herança é a universalidade ou a totalidade dos direitos e obrigações abstratamente considerados que integram o patrimônio deixado pelo sucedido, em face da sua morte, suscetíveis de transmissão aos seus respectivos herdeiros

Vale ressaltar que a herança entra no conceito de patrimônio. Deve ser vista como o patrimônio do *de cuius*. O patrimônio é um conjunto de direitos e obrigações, ativos e passivos, pertinentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança. Porém, o Código Civil permite o testamento com conteúdo exclusivamente não patrimonial, como por exemplo, o reconhecimento de um filho e a nomeação de tutor e curador. (VENOSA, 2003).

O herdeiro recebe a herança no todo ou uma quota-fração dela, sem determinação de bens, o que ocorrerá somente na partilha. O herdeiro pode ganhar essa condição por estar colocado na ordem de vocação hereditária (art. 1.829, CC; antigo, art. 1.603) ou por ter sido agraciado com uma fração da herança por testamento. (VENOSA, 2003).

Durante o período em que a herança tem existência, o patrimônio hereditário possui caráter indiviso, como conseqüência da universalidade que é cada herdeiro se comporta como condômino da herança. (VENOSA, 2003).

A definição, bem como os conceitos de herança e de sucessão têm sido confuso por haver o surgimento de ambos os institutos após o falecimento do *de cuius*, mas sendo que

um nasce do outro. Na realidade, a sucessão é o modo de transmitir direitos, sendo a sucessão geralmente entendida como sucessão hereditária, ou seja, *mortis causa*. Mas por sucessão também se entende, em sentido subjetivo, o direito que cabe ao sucessor de exigir os bens do sucedido, e assim, cogitamos do direito do herdeiro à sucessão do *de cuius*. Por outro lado, certas leis identificam a sucessão com herança, definindo-a como o conjunto de bens, direitos e obrigações que constituem o patrimônio do falecido (antigo CC português, art.1.737). (WALD, 2007).

A herança, também denominada *espólio* ou *monte*, abrangendo a totalidade dos bens transferíveis, é considerada pelo direito brasileiro, em virtude de ficção legal, podendo corresponder a um *imóvel*, obedecendo às normas peculiares referentes a esta espécie de bens. (GOMES, 2004).

Herança é todo o patrimônio do falecido como por exemplo: imóveis, ações em bolsa de valores, cotas em sociedade, contas poupança e outros. Não se confundindo com o acervo hereditário constituído pela massa dos bens deixados, porque pode compor-se apenas de dívidas, as quais foram contraídas ainda em vida pelo *de cuius*, tornando-se passiva a herança. (GOMES, 2004).

Existe o privilégio legal concedido aos herdeiros de serem admitidos na herança do *de cuius*, sem obrigá-los a responder pelas dívidas contraídas pelo falecido além do valor do acervo hereditário. A herança é todo patrimônio do falecido, ou seja, o conjunto de bens materiais, direitos e obrigações (CC, arts. 91 e 943) que transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários. Assim sendo, caso venha a falecer o responsável por uma dívida de ação indenizatória, essa indenização será paga pelos herdeiros dentro das forças da herança, devendo reparar o dano moral ao ofendido. (DINIZ, 2009).

No direito vigente a herança é considerada jacente quando não há herdeiro certo, ou não se sabe da existência ou do lugar em que se possa encontrá-lo (CC de 2002, art.1.819). No caso em que todos os herdeiros chamados a suceder renunciarem à herança, esta será desde logo declarada herança vacante, a critério do juiz. (DINIZ, 2009).

A herança vacante é configurada, após um ano da jacente, com marco inicial para sua caracterização a abertura da sucessão quando há herdeiros que reclamem a herança deixada pelo *de cuius*. Da inexistência de herdeiros será lavrada a declaração de vacância a qual será publicada em edital (NICOLAU, 2005).

O Código Civil de 2002 descreve em eu art. 1.820:

Art. 1.820. Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual, e, decorrido um ano de sua primeira

publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, será a herança declarada vacante. (BRASIL, 2008a, p. 224).

Havida a primeira publicação em edital de vacância, decorrido o lapso temporal de um ano, impedirá que os herdeiros colaterais reclamem a herança a qual não pleitearam no prazo legal, não podendo mais se habilitar a recebe - lá. (NICOLAU, 2005).

O Código de Processo Civil em seu art. 1.157, descreve sobre o assunto: “Art. 1.157. Passado 1 (um) ano da primeira publicação do edital (art. 1.152) e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, será a herança declarada vacante.” (BRASIL, 2008b, p. 145).

Os herdeiros necessários e o companheiro da união estável, entretanto têm o prazo de cinco anos a contar da sucessão para se habilitarem na herança. Após este prazo, os bens do *de cujus*, serão transmitidos ao ente público. (NICOLAU, 2005).

O Código Civil de 2002 descreve sobre a herança jacente:

Art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância. (BRASIL, 2008a, p. 224).

O doutrinador Venosa, (2003, p. 61), descreve sobre o assunto:

O estado de jacência é simplesmente uma passagem fática, transitória. Da herança jacente, não logrando entregar a herança a um herdeiro, passamos à herança vacante, ou seja, sem titular, como ponte de transferência dos bens do monte-mor ao Estado.

Deste modo, não havendo herdeiros habilitados e no caso de aparecendo herdeiros todos renunciarem, deve-se respeitar os prazos legais supra especificados para transmitir os bens do falecido para o ente público, em regra geral para o município no qual os bens se localizam.

### **3.1.1 Transmissão e aceitação da herança**

Na legislação sucessória brasileira, com a morte ou abertura da sucessão, o patrimônio hereditário transmite-se imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784, CC). Trata-se da adoção do sistema pelo qual a herança transmite-se de pleno direito. Trata-se de aplicação do sistema da *saisine*, de origem germânica. O princípio da *saisine* representa uma apreensão possessória autorizada. É dado o direito de expressão de vontade de entrar na posse de bens, posse essa atribuída a quem ainda não a possuía. (VENOSA, 2003).

No entanto ninguém será herdeiro contra sua vontade. O herdeiro pode deixar de aceitar e renunciar ou ceder à herança. Há que se harmonizar o sistema da *saisine* como o repúdio à herança.

O sistema da *saisine* até chegar à legislação vigente e apresentada a sociedade, de sua origem germânica, pelo Direito Francês, que adota o princípio no art. 724 do Código de Napoleão.(VENOSA, 2003).

Pelo princípio da *saisine*, na transmissão da posse e propriedade, tudo se transmite como estava no patrimônio do *de cuius*. Transmite-se também as dívidas, pretensões e ações contra ele, já que o patrimônio compreende ativo e passivo. (VENOSA, 2003).

A transferência dos bens se completa com a aceitação do herdeiro, que tem, todavia, a faculdade de renunciar á herança. A aceitação é presumida a partir do momento da abertura da sucessão, e a renúncia, como faculdade do herdeiro, retroage também ao momento da morte do *de cuius*, de tal modo que inexistente qualquer período de vacância, ou seja, de ausência do titular. Se o primeiro herdeiro nomeado renunciar, será chamado o seguinte e se entenderá, se este aceitar, que foi o único herdeiro desde o falecimento *de cuius*. Assim, por uma espécie de artifício, os momentos da morte, da aceitação e da atribuição dos bens aos herdeiros são praticamente simultâneos. (WALD, 2007).

A aquisição da herança dá-se, pois, em virtude da delação hereditária, ou seja, da atribuição dos bens aos herdeiros, entendendo-se realizada tal aquisição no momento da abertura da sucessão. A própria lei estabelece uma presunção da aceitação, que confirma e se consolida com a aceitação expressa ou tácita. (WALD, 2007).

### 3.2 ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Falecendo a pessoa sem testamento (ab intestato), é a lei que determina a ordem pela qual serão chamados os herdeiros: a ordem de vocação hereditária. (VENOSA, 2003, p. 87).

Tal ordem, no Código de 2002, vem estabelecida no art. 1.829:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor não houver deixado bens particulares;

- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais. (BRASIL, 2008a, p. 224).

Em regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é que os herdeiros mais próximos excluem os mais remotos, ou seja, havendo descendentes do falecido, não serão chamados os ascendentes, e assim por diante. O novo diploma civil introduz a posição de vocação hereditária concorrente do cônjuge em propriedade, juntamente com os descendentes sob determinadas condições e também em determinadas situações, pode concorrer com os ascendentes. (VENOSA, 2003).

No entanto, existem herdeiros ditos necessários: os que não podem ser afastados totalmente da sucessão. O Código Civil, estabelece que o cônjuge é herdeiro necessário (art. 1.845, CC). Havendo essas classes de herdeiros, ficar-lhes assegurada, ao menos, metade dos bens da herança. É o que denomina *legítima* dos herdeiros necessários. A outra metade fica livre para o testador dispor como de sua vontade for. (VENOSA, 2003).

Segundo o doutrinador Gomes, 2004, esclarece sobre a sucessão: “A sucessão *ab intestato* deriva imediatamente da lei, ao contrario da sucessão testamentária que resulta, consoante permissão legal, de um disposição de última vontade, denomina-se *testamento*.”

Na classificação dos herdeiros legítimos, distinguem-se os necessários, também designados legitimários “*reservatários*”, ou facultativos. (GOMES, 2004).

São herdeiros necessários: os descendentes e ascendentes sem limitação no grau de parentesco e, ainda o cônjuge. São herdeiros facultativos os colaterais até o quarto grau. (GOMES, 2004).

A lei divide os herdeiros legítimos em ordens e classes, unindo-os em grupos distintos. Os herdeiros de cada classe preferem aos das classes imediatas. Assim, os ascendentes somente são chamados à sucessão, não havendo herdeiros da classe dos descendentes; o cônjuge, se faltarem ascendentes; os parentes colaterais, se não houver cônjuge; o companheiro, se não houver colaterais e, por fim, o Município, Distrito federal ou União, na ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1.829 do Código Civil. (GOMES, 2004, p. 42).

São capazes de herdar as pessoas nascidas por ocasião da abertura da sucessão encontra exceção no caso do nascituro. De acordo com o sistema adotado pelo Código Civil acerca do começo da personalidade natural (art. 2º), tem-se o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade, que é marcada com a teoria da concepção, para os já concebidos que podem ser representados, reservando suas cotas partes, beneficiando os não concebidos através de testamento. (GONÇALVES, 2009).

Segundo a definição de Rodrigues, 2004, nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

Todavia, se porventura nascer morto o feto, não haverá aquisição de direitos, como se nunca tivesse existido. Com isso, nem recebe nem transmite direitos. Nesse caso, a herança ou quota hereditária será devolvida aos herdeiros legítimos do *de cujus*, ou ao substituto testamentário, se tiver sido indicado, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão. (GONÇALVES, 2009).

O Código Civil de 2002, com o escopo de proporcionar uma maior segurança jurídica, impôs o prazo bienal para que seja concebido o nascimento do herdeiro. Nesses termos: “Art. 1.800 Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos” (BRASIL, 2008a, p. 221).

O lapso temporal de dois anos se inicia com a abertura da sucessão, mas nesse lapso o herdeiro não precisa nascer, mas tão-somente ter sido concebido, de modo que nada impede que a pessoa cujo filho do testador esperava ter por herdeiro conceba a criança em 2 anos, após a abertura da sucessão. Se nesse biênio a criança não houver sido concebida, a deixa retorna ao monte e daí segue para os herdeiros legítimos previstos no art. 1.829, se outra coisa não houver sido prevista pelo testador. (NICOLAU, 2005).

### **3.2.1 Herdeiros necessários**

Aos herdeiros necessários defere-se de pleno direito a legítima. O art. 1.846 não é completo ao conceituar a parte legítima, pois o seu cálculo pode não se limitar à “metade dos bens da herança”. Quem complementa o dispositivo é o art.1.847, terminando que primeiro se faça o abatimento de dívidas do *de cujus* e despesas do funeral. Feita essa operação, obtém-se a chamada “herança líquida” e passa-se ao segundo passo, que é a divisão desse montante em duas partes. A primeira chama-se disponível e pode ser deixada via testamento para quem o testador desejar. (; NICOLAU, 2005).

A segunda metade é a legítima. Entretanto, nessa porção o legislador preza por uma igualdade absoluta entre os descendentes e prevê a hipótese de em vida o *de cujus* já tenha adiantado uma porção dessa legítima. Se isso aconteceu, a quota que foi entregue em vida deverá ser levada em conta para o cálculo da legítima. (NICOLAU, 2005).

São chamados herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge) listados no art. 1.845,CC. (BRASIL, 2008a, p. 226).

Aos herdeiros fica garantida a parte legítima por força do art. 1.846, CC, não podendo o testador alterar sua destinação. Entretanto, a lei possibilita que o testador imponha – mesmo sobre parte legítima algumas cláusulas restritivas, ou seja, alguns mecanismos que limitam o direito de propriedade dos herdeiros necessários sobre essa porção da herança. São as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade que guardam relevância na prática jurídica. (NICOLAU, 2005).

O art. 1.846,CC, possui a seguinte redação:

“Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” (BRASIL, 2008a, p. 226).

O art. 1.911, CC, seguiu a orientação da Súmula nº49 do STF ao determinar que a cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade. Ainda que a cláusula de inalienabilidade tenha sido prevista, o parágrafo único do art. 1.911, CC, estabelece, que o juiz poderá autorizar sua alienação em casos de convivência do donatário. (NICOLAU, 2005).

O art. 1.911, CC, descreve sobre a impenhorabilidade e inalienabilidade:

Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros. (BRASIL, 2008a, p. 232).

O testador possui uma ampla liberdade de testar, quase restrita, porque essa liberdade será resumida se houver herdeiros necessários. Estes são protegidos pela lei com o intuito de a eles não existir desamparo caso o testador sem motivos aparentes decidir negar-lhes o direito de constarem como beneficiados. Somente uma razão muito forte, como a indignidade ou deserdação, possa afastar os descendentes, os ascendentes e os cônjuges de uma sucessão. (LIMA, 2006).

Os herdeiros necessários são os sucessores dos quais não se pode retirar o direito à herança, senão em face da ação de indignidade ou de cláusula testamentária de deserdação. (LIMA, 2006).

Os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge supérstite. O Código Civil inseriu o cônjuge sobrevivente para concorrer à herança na mesma situação dos descendentes e dos ascendentes, com estes últimos, somente haverá o concurso caso não existam filhos ou netos a herdar. (LISBOA, 2006).

Os demais herdeiros possíveis, que seriam o convivente e o parente colateral, não se acham na relação de herdeiros necessários no vigente Código Civil, o que possibilita o testador a excluí-los de seus direitos sucessórios.

O doutrinador, Lisboa, (2006, p. 461), trás sobre os herdeiros necessários:

Os herdeiros necessários não podem ser afastados da sucessão mediante simples cláusula testamentária, que não importe em deserdação. Faz-se necessário, portanto, que o testador enuncie a causa legal de afastamento do sucessor legítimo necessário da herança por deserdação.

Desse modo, os herdeiros necessários sempre terão o direito à metade disponível da herança, mesmo que o *de cuius*, em testamento, procure beneficiar pessoas alheias aos herdeiros, com a outra parte de seus bens.

### 3.2.2 Herdeiros facultativos

Os herdeiros facultativos do *de cuius* são constituídos pelos irmãos, sobrinhos, tios e primos, ou seja, até quarto grau colateral. Estes, por não estarem entre os necessários, são apenas dependentes da vontade do autor da herança e somente herdarão se ele assim entender porque, como não integram a classe dos herdeiros necessários, é lícito que o autor da herança disponha da integralidade de todos os seus bens em prol de quem bem entender sem contemplar qualquer herdeiro facultativo. (GOMES, 2004).

Quando não há herdeiros necessários, a herança inteira é disponível, sendo lícito o testador de todos seus bens para quem desejar beneficiar. O parentesco é colateral conforme o (art. 1.592, CC), compreendem aos irmãos (2º grau), o tio e o sobrinho (3º grau), os primos-irmãos, os sobrinhos-netos e os tios-avós (4º grau). (TARTUCE, 2008).

A contagem de graus é fundamental para sejam resolvidos problemas de destino de herança.

Traz o seu entendimento o doutor Tartuce, (2008, p. 271).

Entretanto, como relação ao companheiro, em que pese a doutrina majoritária excluí-lo da condição de herdeiro necessário, alguns autores entendem que o companheiro também seria herdeiro necessário. São adeptos desta corrente minoritária Caio Mário da Silva Pereira, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Berenice Dias e Luiz Paulo Vieira de Carvalho.

Em sentido oposto, consideram o companheiro como sendo herdeiro facultativo Cristiano Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo Rene Nicolau, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fukita, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, Silvio Venosa e Zeno Veloso (CAHALI, Fancisco José Família e Sucessões..., 2004, v. II, p.329). Também são filiados a essa corrente Flávio Tartuce e José Fernando Simão. Esse entendimento deve ser considerado como majoritário.

Visto que, a herança possui sua ramificação jurisdicional é até o 4º grau de parentesco. Não há de se falar que pessoas que possuem um vínculo afetivo e por se encontrarem em graus superiores na árvore genealógica, terão o direito a herança. Assim sendo a lei garante até o 4º grau apenas, como limite para que se inclua no rol dos herdeiros, apesar de facultativos. (TARTUCE, 2008).

### 3.3 DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Existem duas espécies de sistemas diferentes, no direito das sucessões: por direito próprio (*jure próprio*) e por representação (*jure representationis*). Dá-se a sucessão por direito próprio quando a herança é deferida ao herdeiro mais próximo, seja em virtude de seu parentesco com o falecido, seja por força de sua condição de cônjuge ou companheiro. (GONÇALVES, 2009).

Se o de cujus deixar descendentes, esses sucedem-no por direito próprio. No entanto, se um dos filhos já é falecido, o seu lugar é ocupado pelos filhos que porventura tenham, que herdam por representação ou stirpe. (GONÇALVES, 2009).

Segundo Beviláqua (apud GONÇALVES, 2009, p. 195):

representação sucessória é um benefício da lei, em virtude do qual os descendentes de uma pessoa falecida são chamados a substituí-la na sua qualidade de herdeira legítima, considerando-se do mesmo grau que a representada e exercendo, em sua plenitude, o direito hereditário que a esta competida.

Para Gomes (apud GONÇALVES, 2009, p. 195), na mesma linha:

sucede-se por direito de representação quando, no momento da abertura da sucessão, falta quem devia suceder, por designação legal, e não sucedeu por impossibilidade física ou jurídica. Ocorre, nesse caso, uma só transmissão, sucedendo em substituição os parentes indicados na lei.

Distingue-se a sucessão por direito de representação da que ocorre por direito de transmissão (*jure transmissionis*), quando se substitui o herdeiro pertencente à classe chamada à sucessão depois de sua abertura. Na representação o herdeiro vem ocupar o lugar do representado, e assim sucede, num só chamado, ao autor da herança; na sucessão por direito de transmissão. Há dois chamamentos ou dupla transmissão, passando a herança ao herdeiro do sucedendo, e por morte deste aos respectivos sucessores. (GONÇALVES, 2009).

A vocação hereditária é direta ou indireta: direta, quando a condição de herdeiro resulta do parentesco ou da vontade do testador; indireta, quando o título de herdeiro é advindo da lei, mas a primeira vocação não pode efetivar-se por ausência do convocado, substituído pelo seu descendente. Neste caso não haveria propriamente representação, mas substituição pro força de lei. (GONÇALVES, 2009).

A partir do segundo grau o descendente, pode herdar por direito próprio ou por representação, variando a soma de sua quota hereditária em cada caso. Ele herda por direito próprio quando chamado para suceder o falecido o grau de descendência a que pertence. Assim, os bens estão sendo transmitidos aos descendentes de primeiro grau do autor da herança, quem é filho herda por direito próprio. (COELHO, 2006).

Mas, numa circunstancia, o descendente herda por representação. Nela, é convocado a exercer os direitos sucessórios que seu ascendente exerceria, caso estivesse vivo ao tempo da abertura da sucessão (CC, art.1.851). (COELHO, 2006).

Ensina Coelho (2006, p. 278) sobre representação:

O direito de representação só existe na linha reta descendente (CC, art.1.852), isto é, apenas filhos podem representar os avós etc. na linha reta ascendente, não há direito de representação no sentido de que o pai nunca representa o filho. Na linha reta ascendente, não há direito de representação, no sentido de que o pai nunca representa o filho. Na colateral, também não há representação no sentido de que ninguém pode representar um irmão pré-morto. A lei menciona como única hipótese admissível de representação, na sucessão por colaterais, a dos filhos de irmão do falecido, representando o pai pré-morto, se concorrem com outros irmãos do falecido (art.1.853, CC).

O representante herda, a título de representação, a mesma quota hereditária que o representado herdaria, se estivesse vivo na abertura da sucessão (CC, art. 1.854). Havendo dois ou mais representantes, divide-se por igual quota do representado entre eles (art.1.855,

CC). Em decorrência, pode variar o tamanho da quota hereditária do descendente, dependendo do título da sucessão. (COELHO, 2006).

### 3.3.1 Fundamento jurídico

A representação é restrita à sucessão legítima, não se aplicando à testamentária. Nesta, porém, admite-se a substituição vulgar determinada pelo testador (CC, art.1.947). Pode este estipular, no ato de última vontade, que os bens por ele deixados passem, por pré-morte do beneficiário, a seus herdeiros legítimos. (GONÇALVES, 2009).

A finalidade do direito de representação é mitigar o rigor da regra de que grau mais próximo exclui o mais remoto, mantendo o equilíbrio entre pessoas sucessíveis da mesma classe pela substituição, por sua estirpe. (GONÇALVES, 2009).

Tal direito já existia no passado que era admitido pelos romanos. Foi introduzido no Brasil por influência do direito português, inspirado, por sua vez, no direito Francês. Dispõe o Código Civil português de 1996, no art.2.039: “Dá-se a representação sucessória, quando a lei chama os descendentes de um herdeiro ou legatário a ocupar a posição daquele que não pôde ou não quis aceitar a herança a herança ou o legado”. (GONÇALVES, 2009).

Neste sentido o Código Cível de 2002 proclama:

“Art.1.851. Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse” (BRASIL, 2008a, p. 226).

E o art.1.854, de modo redundante, prescreve:

“Art.1.854. Os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse”. (BRASIL, 2008a, p. 227).

A existência de varias teorias a respeito do fundamento jurídico do direito de representação, como o da comunhão patrimonial familiar. (GONÇALVES, 2009).

O Código Napoleônico em seu (art.739) considera-o como ficção, pela qual se faz entrar herdeiro mais afastado no lugar, no grau e nos direitos de herdeiro mais próximo, que faleceu antes do *de cuius*. (MONTEIRO, 2008).

Como assinala (MONTEIRO, 2008) “não é esse, contudo, o ponto de vista do nosso legislador, que reputa a representação um direito”.

Aos representantes do representado, caberão a parte da herança como se este tivesse vivo. O quinhão que caberia ao representado será dividido em partes iguais aos seus representantes. (DINIZ, 2009).

No entanto caso, o herdeiro venha a renunciar em vida a herança, cuja cota lhe caberia, não poderá ser representado. (DINIZ, 2009).

O direito de representação não se aplicará a herança testamentária. Cabendo somente a sucessão legítima. (DINIZ, 2009).

Visto que a legislação, vigente descreve os direitos de terceiros, tendo em vista que o herdeiro pode ter o objetivo de renunciar para fraudar os credores que não medem esforços para obter valores creditados a este. Sendo assim, a renúncia poderá ser considerada nula, pois teve unicamente o objetivo de prejudicar o credor de boa fé. (DINIZ, 2009).

### **3.3.2 Requisitos do direito de representação**

Para que haja, a representação deverá de haver alguns requisitos a serem preenchidos, sendo que estes não preenchidos, não há como se falar no instituto representação. (GONÇALVES, 2009).

A representação ocorrerá quando o herdeiro, for declarado ausente, indigno ou ter falecido. A representação será realizada pelo descendente do herdeiro, podendo ser representado pelo número de descendentes que possua em seu vínculo familiar. O representante só poderá se manifestar a cerca da quota do representado após a abertura da sucessão. (GONÇALVES, 2009)

Na mesma linha de raciocínio ensina Pontes de Miranda (1983, apud GONÇALVES, 2009, p.199):

Quem foi deserdado por alguém, ou julgado indigno para lhe suceder, pode representar tal pessoa, porque a deserção ou a indignidade somente concerne à herança de quem deserdou, ou para a qual foi julgado indigno. Basta que possa herdar da terceira pessoa. Para se herdar, basta que o decujo não tenha deserddado o interessado, nem tenha esse sido julgado indigno.

O filho que renunciou a herança de seu pai, ou que seja impossibilitado de recebê-la, pode, não obstante, representando o pai, recolher a herança do avô, a não ser que, o avô o declare indigno, seja, também, impossibilitado de suceder. (GONÇALVES, 2009).

Ensina Gonçalves (2009, p. 199) sobre representação:

Nesse sentido dispõem, expressamente, os Códigos Civis italiano (art.468, al.2) e português (art.2.043), afirmando este último: “Os descendentes representam o seu ascendente, mesmo que tenham repudiado a sucessão deste ou sejam incapazes em relação a ele”.

Ensina Gonçalves (2009, p.199) que acrescenta:

Se o representante encontra num grau intermédio um parente sucessível vivo, ou renunciante, é detido, e não tem direito à herança, porque não pode ocupar o lugar do representado: se vive o filho, não pode ser representado pelos seus filhos; se um herdeiro renuncia, não podem ser chamados os seus sucessores no seu lugar. Daí dizer-se, com razão que não é possível ocupar o grau de um herdeiro, a não ser que este grau esteja vago.

Registre-se, por fim, que em nenhuma hipótese desaparece a concorrência com cônjuge sobrevivente, salvo as exceções previstas no art.1.828, I, do Código Civil. (GONÇALVES, 2009).

O direito de representação, como já foi dito, só se verifica na linha reta descendentes, nunca na ascendente (CC, art.1.852) na linha colateral, ocorrerá em favor dos filhos de irmãos falecidos (dos sobrinhos) quando com irmão deste concorrerem (art.1.853, CC). (GONÇALVES, 2009).

Na linha reta descendente, os filhos herdaram por cabeça, enquanto os outros descendentes herdaram por estirpe, se não estiverem no mesmo grau. (GONÇALVES, 2009).

Herdar por estirpe é o mesmo que herdar por direito de representação. Assim, havendo descendentes de graus diversos, a herança dividir-se-á em tantas estirpes quantos forem os vários ramos, isto é, os descendentes em grau mais próximo. E o quinhão pertencente à estirpe dividir-se-á entre os representantes (CC, art.1.855). (GONÇALVES, 2009).

Ensina o doutrinador Gonçalves, (2009, p.197), esclarece sobre a estirpe:

pelos dois netos, que representam o ascendente pré-morto. A estirpe é chamada em conjunto (os netos do herdeiro pré-morto, por exemplo), mas dentro de cada estirpe, o quinhão é dividido igualmente entre os seus membros. Assim, se alguém morre deixando dois filhos, estes herdaram por cabeça, ou seja, a herança se divide em duas partes. Mas, se deixar um filho e dois netos de outro filho pré-morto, a herança se divide em duas partes, cabendo uma à estirpe do filho vivo, e a outra à estirpe do filho morto. Este quinhão será dividido

A representação ocorrerá em favor dos herdeiros, na linha colateral, dos filhos de irmãos do falecido (dos sobrinhos) quando com irmão deste concorrerem (CC, art. 1.853) Se o finado deixar apenas sobrinhos, herdarão estes por cabeça e em partes iguais. Não há direito de representação em favor de filhos de sobrinhos. Se o *de cujus* deixar apenas sobrinhos, e um deles é também falecido, os sobrinhos sobreviventes, excluindo-se, assim, os sobrinhos-netos. (GONÇALVES, 2009).

Também não há direito de representação se não se trata de sucessão de tio. Desse modo, se o falecido tinha como único herdeiro um primo-irmão, só este recolhe a herança,

ainda que tenha tido outro primo-irmão, anteriormente falecido e que tenha deixado filhos. (GONÇALVES, 2009).

Não podem ainda os netos irmãos pretender o direito de representação, só concedido a filhos de irmãos, porquanto na classe dos colaterais os mais próximos excluem os mais remotos. (DINIZ, 2009).

Vale salientar que, “*ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante*” (art.1.811, CC), que é havido como estranho à herança, e não pode assim ser substituído pelo seu descendente. (GONÇALVES, 2009).

### 3.3.3 Efeitos da representação

O principal efeito da representação é atribuir o direito sucessório as pessoas que não sucedem o *de cujus*. Mas que acabam substituindo um herdeiro pré-morto. Pelo fato de os representantes sucederem diretamente o *de cujus*, não estão obrigados pelas dívidas do representado, mas somente pelas do falecido cuja sucessão foi aberta. Só podem herdar, o que herdaria o representado, se vivo fosse (CC, art.1.854), ou seja, não recebem menos nem mais do que receberia o representado. O quinhão do representado “partir-se-á por igual entre os representantes” (art.1.855). (GONÇALVES, 2009).

Dispõem o art.1.856 do Código Civil: “O renunciante à herança de uma pessoa poderá representá-la na sucessão de outra”.

Assim, se um dos filhos renunciar a herança, os seus filhos, netos do falecido, não herdarão por representação, mas o renunciante poderá representar o *de cujus* na sucessão de terceira pessoa, porque a renúncia não se estende a outra herança. (GONÇALVES, 2009).

Havendo renúncia à herança do pai, para beneficiar um irmão mais necessitado, por exemplo, sem que tal ato importe renúncia à herança do avô, para a qual o renunciante pode ser chamado, representando seu pai, pré-morto. (GONÇALVES, 2009).

Outro efeito da representação é a obrigação de os netos, representando seus pais, levarem à colação as doações que estes receberam do avô, cujos bens estão sendo inventariados (CC,art.2.009). Vale salientar que, se os netos herdaram por direito próprio, é irrelevante tenham ou não seus pais recebido doações do autor da herança. Mas, se herdaram por direito de representação, devem conferir as doações recebidas pelo ascendente que representam, ainda que os bens, que as doações não compõem a herança. (GONÇALVES, 2009).

## 4 A DIFERENÇA DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA ENTRE O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

A diferença que existe primordialmente entre o cônjuge e companheiro está no que condiz ao cunho hereditário informado no Código Civil, conforme analisaremos abaixo.

### 4.1 CONCEITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA

O direito de concorrência nada tem haver com o direito à meação. As limitações impostas ao direito de concorrência estão condicionadas exclusivamente ao regime de bens do casamento. (HIRONAKA, 2004).

Concorrência é definida, como alegação de direitos comuns, onde todos terão direitos a um determinado objeto ou valor. No entanto no que condiz ao direito hereditário a concorrência tem algumas diferenças, ainda mais quando se tratando entre ascendentes, descendentes, cônjuges ou companheiros. (HIRONAKA, 2004).

Desta forma pode-se, observar, que a concorrência possui uma quantidade razoável de interpretações, pois possui o sentido intrínseco do ato de concorrer o que seria duas ou mais pessoas desejarem a mesma coisa. No que condiz, ao direito hereditário pode-se verificar a diferença que existe entre as varias classes de sucessores. (TARTUCE, 2008).

No caso do cônjuge concorrendo com os descendentes pode-se, verificar que existem correntes contrarias. (TARTUCE, 2008).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, vem julgando no seguinte norte:

APELAÇÃO CÍVEL - ALVARÁ JUDICIAL - CRÉDITOS TRABALHISTAS - LEI N. 6.858/80 - BENEFÍCIO AOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS - EXISTÊNCIA DE OUTROS DESCENDENTES - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE HERANÇA E IGUALDADE ENTRE OS FILHOS - CF/88, ARTS. 5º, XXX E 227, § 6º.(...) ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA - UNIÃO ESTÁVEL (CC, ART. 1.790) - INAPLICABILIDADE - DESIGUALDADE NO TRATAMENTO ENTE CÔNJUGE E **COMPANHEIRO** SOBREVIVOS - ISONOMIA QUEBRADA - VIOLAÇÃO DO ART. 226 DA CF/88 - APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1.829 DO CC – RECURSO PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2007)..

Observando o julgado, o companheiro supérstite não está expressamente alçado à condição de herdeiro necessário; participa apenas dos bens adquiridos na constância da união estável; na hipótese de concorrência com os descendentes exclusivos do *de cuius*, terá direito

apenas à metade do que cada um receber; inexistindo descendentes, terá direito à um terço da herança, permanecendo o restante com demais parentes; somente terá direito à totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis; não há previsão expressa de direito a usufruto do imóvel destinado à residência da família.

É notório à ordem de vocação hereditária com a participação do cônjuge (arts. 1.829 a 1.838), constata-se uma ampla diferença entre os direitos conferidos ao cônjuge supérstite e aqueles destinados ao companheiro sobrevivente.

Cabendo assim, a companheira somente os bens adquiridos na Constancia da união estável, sendo que caso não tenha como se efetuar tal análise. Outrossim, considerando que, pelo mencionado art. 1.829, o companheiro somente participaria da sucessão legítima juntamente com os descendentes se, adotado o regime da comunhão parcial de bens, "*o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes*" (E-nunciado 270 do Conselho da Justiça Federal), conclui-se que à companheira sobrevivente cabe tão-só a metade do crédito, permanecendo o restante com os descendentes *de cujus*.

Descreve Tartuce (2008, p.178-185), sobre concorrência:

A primeira corrente – Segundo o espírito do legislador, pelo qual, em havendo meação, não há sucessão em concorrência com os descendentes, conclui-se que o cônjuge só correria quanto aos bens particulares e não quanto àqueles em que já teria o direito à meação.

São adeptos desta corrente Flavio Monteiro de Barros, Eduardo de Oliveira Leite, Chistiano Cassettari, Francisco José Cahali, Gustavo Rene Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, Mário Luiz Delgado, Euclides de Oliveira, Sebastião Amorim, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Maldaleno e Zeno Veloso.

A segunda corrente – Trás a posição majoritária, entretanto, não é pacífica e há argumentos favoráveis à idéia de que o cônjuge participaria da sucessão no tocante à totalidade da herança, surgindo aqui a segunda corrente.

São adeptos desta corrente, atualmente minoritária, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto e Luiz Paulo Vieira de Carvalho.

A terceira corrente – é defendida exclusivamente por Maria Berenice Dias em seu artigo denominado Ponto-e-vírgula.

Em resumo, segundo Maria Berenice não haveria razão para a concorrência sucessória quando os bens particulares, pois aos bens comuns, justo seria que o cônjuge além de meeiro fosse herdeiro em concorrência com os descendentes, pois os bens foram adquiridos na constância do casamento como resultado da colaboração recíproca.

Nesse sentido é a lição de Almeida (2003, p. 227), ensina: “A regra é que o cônjuge sobrevivente recolha na existência de bens particulares. Mas, por óbvio, tem sucessão con-

corrente apenas com relação a esses bens particulares, não aos comuns pois desses já retirou sua meação”

Ensina Diniz, (2005, p.125), afirma que da leitura do art. 1.829, I, do Código Civil

infere-se que se erigiu o regime matrimonial de bens do casamento como mero requisito ao direito de suceder do cônjuge, em concorrência com os descendentes do autor da herança [...] Meação não é herança, pois os bens comuns são divididos, visto que a porção ideal deles já lhe pertencia. Havendo patrimônio particular, o cônjuge, sobrevivente receberá a sua meação, se casado sob regime de comunhão parcial de bens, e uma parcela sobre todo acervo hereditário.

Ensina Gomes (2004, p.56), no que se trata sobre a concorrência com os descendentes:

Ao contrário da legislação portuguesa, que não faz qualquer restrição quanto ao regime de bens, o novo texto do Código Civil deferiu a sucessão ao cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes, desde que o regime não seja da comunhão universal, da separação obrigatória; ou, sendo da comunhão parcial, o autor da herança não tenha deixado bens particulares.

Contrario sensu, o cônjuge concorrerá com os descendentes, quando casado pelo regime da comunhão parcial, se deixar bens particulares. O legislador ao referir-se ao regime da separação obrigatória equivocou-se ao fazer remissão ao artigo 1.640, quando a matéria é tratada no art. 1.641.

Concorrendo com descendentes comuns, ao cônjuge sobrevivente caberá um quinhão igual ao dos demais herdeiros, fazendo jus à quota mínima de uma quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer. É o preceitua o art. 1.832. Não sendo o caso, a sucessão se dará, também, por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros, porém não terá o cônjuge à quota mínima.

O legislador estabelece que não haverá direito do cônjuge concorrer com os descendentes do falecido quando o regime de bens é o da comunhão universal. (NICOLAU, 2005, p.80).

Quando se fala também em regime de separação obrigatória de bens, não haverá direito do cônjuge concorrer com os descendentes do falecido é o regime da separação obrigatória de bens. Isso porque o art. 1.829, I, é taxativo excluindo do rol de regimes em que existe a concessão. (NICOLAU, 2005, p. 82).

## 4.2 HERANÇA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

O cônjuge, no direito anterior, foi colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. Não era herdeiro necessário e poderia, ser afastado da sucessão pela via testamentária. (VENOSA, 2003).

No direito romano, não havia propriamente a sucessão do cônjuge, já que a transmissão se efetuava pela linha masculina. Apenas na última fase do Direito Romano, já com Justiniano, é que se permitiu à mulher suceder nos bens do marido, estabelecendo-se uma possibilidade de usufruto, concorrendo com filhos. (VENOSA, 2003).

No direito anterior ao Código de 1916, o cônjuge sobrevivente estava colocado em quarto grau na escala hereditária, após os colaterais de décimo grau. Tornava-se praticamente inviável a sucessão do viúvo ou viúva. Apenas em 1907, com a chamada “Lei Feliciano Pena”, Lei nº 1.839, é que o supérstite passou a herdar em terceiro lugar. (VENOSA, 2003).

No Código de 1916, o cônjuge herda na ausência de descendentes ou ascendentes e desde que não estejam separados. A dissolução da sociedade de fato não o exclui. Tal exclusão só ocorrerá com sentença de separação, ou de divórcio, com trânsito em julgado. Até aí o cônjuge estava fora da linha sucessória. (VENOSA, 2003).

Na anulação do casamento, o cônjuge, estando de boa-fé, reconhecida a putatividade depende de decisão judicial. (VENOSA, 2003).

Conforme o art. 1.829, I, CC, o cônjuge não concorrerá com os descendentes se for casado com o falecido em regime de comunhão de universal de bens ou no regime de separação obrigatória (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. A intenção do legislador foi tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro quando não existir bens decorrentes de meação. (VENOSA, 2003).

Assim, quando concorre com descendentes aplica-se o art.1.832,CC: “Em concorrência com descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucedem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

Arnoldo Wald, (2007, p.73) trás sobre o assunto:

A tendência do direito contemporâneo tem sido no sentido de melhorar a posição do cônjuge, na ordem de vocação hereditária. É a razão pela qual ele passa a ter o *status* de herdeiro necessário no novo Código Civil (art. 1.985) e pode concorrer com descendentes ou ascendentes do falecido (CC de 2002, art. 1.829). Nesse sentido, inclusive, e que certas legislações no caso de não existirem descendentes dividem a herança entre os ascendentes e o cônjuge. No Brasil, todavia, o problema não tinha merecido muita atenção, visto o legislador de 1916 ter determinado que o regime supletivo de bens no casamento seria o da

comunhão. Assim, o cônjuge, em qualquer hipótese, mesmo correndo com descendentes ou ascendentes, recebia metade do patrimônio familiar a título de meação, como se sempre lhe tivesse pertencido, constituindo a corporificação e a concretização daquela fração ideal a que tinha direito na comunhão existente durante a vigência da sociedade conjugal. Daí dizer-se que o cônjuge supérstite era meeiro e não necessariamente herdeiro.

O cônjuge viúvo, além de ser meeiro, tinha direito ao usufruto de uma parte da herança enquanto não convolasse nossas núpcias, desde que não tivesse sido casado pelo regime da comunhão universal de bens.

O cônjuge com o passar dos anos, tem cada vez mais direitos que anteriormente não lhe eram disponibilizados, a legislação vigente que fez com que a sua vocação hereditária, tivesse uma prioridade maior. (GONÇALVES, 2009).

Na falta de ascendentes, a herança de pessoa que tenha falecido estando casada ou separada de fato há menos de dois anos será deferida, por inteiro, ao cônjuge sobrevivente, que ocupa sozinho a terceira classe da ordem da sucessão hereditária. (GONÇALVES, 2009).

Dispõe o art. Art. 1.829, CC, sobre a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais. (BRASIL, 2008a, p. 224).

O cônjuge no direito sucessório, todavia, só estará afastado depois de homologada a separação consensual ou passada em julgado a sentença de separação litigiosa ou de divórcio direto, que só produz efeito *ex nunc*, ou ainda depois de lavrada a escritura pública de separação ou divórcio consensuais, que produz seus efeitos imediatamente, nos termos do art.1.124-A, CPC, com a redação dada pela Lei 11.441/07. Falecendo o cônjuge no curso da ação de divórcio direto, de conversão de separação em divórcio ou de separação judicial, extingue-se o processo. Nessa hipótese, o estado civil do outro não será de separado judicialmente ou divorciado, mas de viúvo. (GONÇALVES, 2009).

O mesmo ocorre, se o matrimônio putativo<sup>1</sup> ou anulado em vida dos consortes, extingue-se o direito sucessório entre eles, por não haver mais casamento, válido a partir da data da sentença que o torna nulo ou anulado, assim, o sobrevivente, embora de boa fé, não sucede ao culpado. Se o casamento putativo foi contraído de boa fé por ambos os cônjuges,

---

<sup>1</sup> Gonçalves (2008, p. 106) conceitua sobre casamento putativo, segundo se depreende do art. 1.561 do Código Civil, é o que, embora “anulável ou mesmo nulo”, foi contraído de “boa-fé” por um ou por ambos os cônjuges. Boa-fé, no caso, significa ignorância da existência de impedimentos dirimentes à união conjugal.

qualquer que seja o cônjuge supérstite, ele sucede ao pré-morto, com exclusão dos colaterais, não havendo descendentes ou ascendentes, se a dissolução da sociedade conjugal se der após a morte do consorte; se o matrimônio for declarado putativo em vida dos cônjuges, desaparece o direito hereditário entre eles. (DINIZ, 2009).

Ensina Maria Helena Diniz (2009, p.123-124) sobre a concorrência entre o cônjuge e os demais parentes, sucessores:

Portanto, o cônjuge supérstite em concorrência com os descendentes herdará apenas se preencher requisitos legais especiais, isto é, se for casado pelo regime de comunhão parcial, em caso de ter o de cujus deixado bens particulares; pelo da separação convencional de bens (CC, arts. 1.87 e 1.688) e pelo de participação final nos aquestos (CC, arts. 1.672 a 1.685). Nessa última hipótese, p. ex., o sobrevivente conserva seu patrimônio particular, retira sua meação e concorre como herdeiro necessário privilegiado à herança do de cujus, composta pelos bens particulares e pela antiga “meação” deste (CC, arts. 1.829, I, 1.845 e 1.789). Se concorrer com descendente do falecido cônjuge, terá direito a um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (CC, art. 1.832).

Na falta de um descendente, do de cujus e o consorte sobrevivente, concorrerá com os seus ascendentes em 1º grau e terá direito a um terço da herança. E se concorrer com um só ascendente, ou se maior for aquele grau, caber-lhe-á a metade do acervo hereditário (CC, art. 1.837). (DINIZ, 2009).

O Código Civil não trás em seu rol de sucessão legítima a figura do cônjuge:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2008a, p. 224).

Não fazendo menção ao companheiro ou companheira, no rol de sucessores.

O Código Civil de 2002, trás sobre a quota que toca ao cônjuge na partilha: “Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.”(BRASIL, 2008a, p. 225).

Segundo o Código Civil são herdeiros necessários: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” (BRASIL, 2008a, p. 226).

Atualmente o direito de habitação do cônjuge é resguardado pelo art. 1.831, CC, que trás:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2008a, p. 225).

Com o advento desse artigo, o cônjuge possui uma segurança habitacional, sendo que lhe é garantido o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência (art.1.831, CC). (NICOLAU, 2005).

O direito real é um direito personalíssimo sendo assim intransferível não suportando um direito de habitação em segundo grau. Caso o cônjuge, vier no futuro constituir uma nova união, esta pessoa não teria direito real ao imóvel. (TARTUCE, 2008).

#### 4.3 HERANÇA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

A nova Carta Magna de 1988, reconheceu a união estável do homem e da mulher como entidade a ser protegida (art. 226, §3º, “devendo facilitar sua conversão em casamento”). (VENOSA, 2003).

A união prolongada entre o homem e a mulher, antes do Código Civil de 2002, sem casamento, caracterizada “união livre”, foi chamada, durante longo período histórico, 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, por mais respeitável que fosse perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso, por exemplo. (GONÇALVES, 2009).

A existência de união estável no sistema de 1916 não transformava o companheiro ou companheira em herdeiro. Podia a união estável ou o concubinato gerar efeitos patrimoniais em seu desfazimento, mas não a título de herança. Leis mais recentes e o Código de 2002 fizeram com que o companheiro viesse a participar da herança (art.1790, CC). (VENOSA, 2003).

Wald, (2007, p.97) trás sobre o assunto:

No período anterior ao advento do Código Civil de 2002, observa-se que no sistema da Lei nº 8.971/94, o companheiro sobrevivente tinha direito à herança, independente do momento da aquisição dos bens in-

tegrantes do acervo, e do título oneroso durante a vigência da união estável. Há nítida confusão entre herança e meação, institutos diversos – o primeiro de direito das sucessões e o segundo de direito de família e que não mereciam ser confundidos pela lei. Deve-se considerar, sobre o tema, que o dispositivo (art. 1.790, CC de 2002) é inconstitucional materialmente, porquanto no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo (art. 226, *caput* e §3º, da CF), ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros. Tal conclusão decorre da constatação de que desde o advento das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, os companheiros e os cônjuges passaram a receber igual tratamento em matéria de direito das sucessões: ora como sucessores na propriedade, ora como titulares de usufruto legal, ora como titulares de direito real de habitação. Desse modo, considerando que, por força de normas inflacionais, desde 1996 existe tratamento igual na sucessão entre cônjuges e na sucessão entre companheiros, deveria ter sido mantido tal tratamento para dar efetividade ao comando constitucional contido no art. 226, *caput*, da Constituição Federal.

O Wald (2007, p.98) descreve sobre a posição tomada pelo Conselho da Justiça Federal:

Outro ponto que merece destaque diz respeito à omissão legislativa do novo Código acerca do direito real de habitação em virtude da morte do ex-companheiro. Tal direito é previsto expressamente no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, e simplesmente não é referido no corpo do Código Civil de 2002. Como já apontado, o enunciado nº 117 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal, é no sentido da continuidade do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente diante da vigência do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, mormente diante da incidência do art. 6º da Constituição Federal, que assegura o direito social à moradia.

Após o advento do CC de 2002, o companheiro tem seus direitos restritos aos bens que tinham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só chamado a recolher a totalidade da herança na faltas destes. (GONÇALVES, 2009).

Parte da doutrina critica a disciplina da união estável no novo diploma, no tocante ao direito sucessório, sublinhando que, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, acabou colocando os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de desigualdade, comparada com o novo *status* sucessório dos cônjuges. (GONÇALVES, 2009).

O Código Civil de 2002 trás em sua redação no art.1.790, sobre a participação do companheiro e a companheira:

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

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

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

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2008a ,p. 220).

Esclarece Venosa (2003, p.119), sobre o artigo acima:

A impressão que o dispositivo transmite é que o legislador teve rebuços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável “participará” da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança.

O companheiro ou companheira receberá os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Há, portanto que se definir, quais bens que foram adquiridos dessa forma durante a união e quais os bens que serão excluídos dessa divisão. Contudo o art. 1.725, CC, permite que os companheiros regulem suas relações patrimoniais por contrato escrito. Na ausência desse documento, aplicar-se-á no que couber o regime de comunhão parcial de bens. (VENOSA, 2003).

Entende Venosa (2003, p. 119) no que se refere ao contrato por escrito:

Pois bem; havendo contrato na união estável adote outro sistema patrimonial, é de perguntar se esse regime terá repercussão no direito sucessório. O legislador deveria ter previsto a hipótese, mas, perante sua omissão, a resposta deverá ser negativa. Não há que se levar em conta que o contrato por escrito entre os conviventes tenha o mesmo valor jurídico de um pacto antenupcial, o qual obrigatoriamente segue regras estabelecidas de forma e de registro. Desse modo, consoante os termos peremptórios do *caput* do art. 1.790, o convivente somente poderá ser aquinhoadado com patrimônio mais amplo do que aquele ali definido por meio de testamento. O contrato escrito que define eventual regime patrimonial entre os companheiros não pode substituir o testamento.

Sendo assim, a inclusão do companheiro ou companheira na ordem de vocação hereditária, sem a clareza que seria de se esperar em matéria tão relevante, não autoriza que eles concorram na herança com o cônjuge. Para que seja considerado herdeiro, além da ausência de descendentes e ascendentes, o autor da herança deverá ter falecido solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Se tenha falecido no estado de casado, o cônjuge sobrevivente será inarredavelmente herdeiro. A separação de fato não dissolve a sociedade conjugal,

mas não impede o reconhecimento da união estável. Tanto para a herança em usufruto, como para a herança em propriedade, a situação é idêntica. Se quando do falecimento, já está extinta a união estável, não haverá direito hereditário para o companheiro. Nessa situação, o companheiro deverá provar a existência de patrimônio decorrente de esforço comum para pedir a quota respectiva.(VENOSA, 2003).

Com o objetivo de esclarecer o que o legislador atualmente, tem a intenção de que haja o entendimento, foi criado o Projeto nº 6.960/2002 que teria a função de redigir o art. 1.790, CC. Tentou, mas nem assim a nova redação é isenta de críticas, (VENOSA, 2003).

A redação o Projeto de lei 6.960/2002, tinha a seguinte redação:

O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:  
I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota 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 (art. 1641);  
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 da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

No entanto mesmo com este projeto de lei, mantém-se a mesma situação que é de concorrência na herança do convivente e não há herança propriamente dita. (VENOSA, 2003).

Contudo, vale salientar que o companheiro terá apenas a totalidade dos bens se não se não houve quaisquer espécies de herdeiros até o 4º grau. Caso haja herdeiros necessários, os quais seriam os descendentes e ascendentes do *de cujus*, o companheiro apenas terá direito a metade do montante que couber a cada um. No entanto caso venha a concorrer com outros parentes, até quarto grau, do *de cujus*, já terá direito a um terço da herança. (TARTUCE, 2008).

Sendo então visível a diferença do direito conferido ao cônjuge o ao companheiro, colocando o companheiro em uma situação mais desfavorável que dispunha antes do Código Civil de 2002. (TARTUCE, 2008).

## 5 CONCLUSÃO

Através de uma breve análise nos aspectos históricos da Constituição, cabe ressaltar que suas mudanças contribuíram no sentido de garantir de forma semelhante o mínimo de direito ao companheiro, pois de uma união estável também é formada uma família, definida constitucionalmente como entidade familiar. A finalidade de buscar uma convivência harmônica em sociedade, os legisladores não colocaram o companheiro como herdeiro necessário, com medo do clamor da sociedade, pois em algumas partes do país ainda possui muito conservadorismo. E caso viesse a comparar o instituto casamento com o da união estável, poderia afrontar os costumes e tradições, que não se adaptaram aos ditames constitucionais.

A legislação sucessória alterou para atender aos anseios dos legisladores em determinada época e realidade social. Para acompanhar o ritmo da sociedade que a cada dia apresenta novas situações, esta é a forma de controle para que se consiga manter uma sociedade harmônica e civilizada.

Com a Constituição de 1988 trouxe diversas garantias e a igualdades, para as entidades familiares, faz-se necessário esta análise. Na década de 90 aplicou-se efetivamente os mesmos direitos que dispunham o cônjuge ao companheiro, pois assegurava o direito do convivente, abrangendo assim, todas as formas de união entre duas pessoas.

Infelizmente como a própria Constituição também apresenta a visão do legislador, ou seja, a preferência pelo instituto do casamento, para o qual a união estável deverá possuir facilidades para efetuar a conversão. Com o objetivo, de incentivar esta conversão o legislador tratou de não excluir os direitos do companheiro, mais restringi-los para que se motive a formalizar a sua união, com objetivo de sair da informalidade legal e realizar o processo de habilitação matrimonial, transformando a união estável em casamento.

Essa diferenciação em relação as direitos sucessórios, entre o cônjuge e o companheiro é polêmica, pois ao instituto união estável como hoje é chamado, é um instituto antigo, que passou por séculos para ser reconhecido. É certo, que anteriormente a figura da companheira não possuía direitos algum. Atualmente, existe a diferença, mais já houve uma evolução na interpretação sobre a constituição da união estável entre duas pessoas. O que ocorre é que na visão de alguns doutrinadores, ocorreu um retrocesso, em relação aos direitos sucessórios do companheiro. Pois o companheiro, já possuiu mais direitos sucessórios, na década de 90, do que atualmente. Sendo assim, o na visão dos doutrinadores, novamente o companheiro foi discriminado ou prejudicado em seus direitos sucessórios.

Portanto, a diferença na legislação sucessória que existe entre os indivíduos que possuem uma união estável e um casamento, torna-se visível e clara na simples leitura dos artigos 1.790 e 1.829 e seguintes.

No que tange a Constitucionalidade a união estável está constituída como entidade familiar pelo art.226,§3º, CF. Porém, o Código Civil tratou de diferenciar as garantias conferidas ao cônjuge, das conferidas ao companheiro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de., **Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima**. São Paulo: Atlas, 2003. 312 p

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. 9 v. ;.

BRASIL. **Projeto de lei**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=56549www](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549www)> Acesso em: 1 dez. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a.

BRASIL. **Código Processo Civil**. 38. ed. São Paulo, Saraiva, 2008b.

CARDOSO, Irede. **Mulher e trabalho**: discriminação e barreiras no mercado de trabalho. São Paulo: Cortez, 1980.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006 5 v.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 608 p.

DICIONÁRIO, de **Língua Portuguesa**. Ridell, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 7 v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006-2009. 7 v. ;.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1999. 2 v.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995. 7 v.

GARCIA, José Carlos Cal. **Comentários à constituição brasileira**. Curitiba: Juruá, 1989.

GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sucessões**. 12. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 351 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 6 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006- 2009. 7 v

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Direito das sucessões e o novo Código civil**. Belo Horizonte: Del Rey; 2004. 470 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 6 v. (v. 5).

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. 811 p.

LIMA, Rubiane de. **Manual de direito das sucessões: de acordo com o novo código civil**. Curitiba: Juruá, 2003. 251 p.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 6 v. ; ISBN 9788502022980.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. atual. com a EC n.31/00. São Paulo: Atlas, 2001. 804 p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 990 p.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2005. 227 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte; Del Rey, 2003.

RODRIGUES, Sílvio,. **Direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998-2004. 7 v.

SANTA CATARINA. Apelação Cível n. 2007.017209-6, de Capital / Distrital do Norte da Ilha , Relator: Salete Silva Sommariva, Florianópolis, SC, 28 de novembro de 2007. Disponível em:  
<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action?qTodas=Heran%E7a+de+companheiro&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10>> Acesso em:30 de novembro de 2009.

SOARES, Orlando. **Direito de família: de acordo com o novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 712 p.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007. 3 v. (Concursos públicos) (v.6).

TORINO, Arx , **revista de informação Legislativa**, nº125/141.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 7 v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas 2006. 7 v.

WALD, Arnoldo. **Direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 496 p. (Curso de direito civil brasileiro (Saraiva).

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 712 p.