

## O RETROCESSO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS CONVIVENTES NO CODIGO CIVIL ATUAL E UMA NOVA PROPOSTA POLÍTICO JURÍDICA

### *KICK THE RIGHTS OF COHABITANTS OF INHERITANCE IN CIVIL CODE CURRENT POLITICAL AND A NEW PROPOSAL LEGAL*

*Luciana de Carvalho Paulo Coelho<sup>1</sup>*

*Juliete Ruana Mafra<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente estudo sob o tema “O retrocesso dos Direitos Sucessórios dos Conviventes no Código Civil atual e uma nova proposta Político Jurídica” tem por pressuposto a Linha de Pesquisa “Regulação da Infraestrutura e juridicidade da Avaliação Estratégica”, dentro da Área de Concentração das Ciências Sociais Aplicadas. Após o reconhecimento da União Estável como entidade familiar na Constituição Federal de 1988 foram editadas leis esparsas com o objetivo de regulamentar os direitos dos conviventes, dentro os quais os Direitos Sucessórios. A pesquisa direciona-se à demonstrar a ocorrência de um retrocesso na proteção específica dos Direitos Sucessórios decorrentes da União Estável com o advento do Código Civil atual. Tem por objetivo geral empreender uma abordagem acerca do retrocesso ocorrido nos Direitos Sucessórios dos Conviventes e a partir da Política Jurídica, propor uma alteração legislativa na atual regulamentação desses direitos no atual Código Civil. Comporta como objetivos específicos, a verificação do retrocesso ocorrido, bem como a averiguação da possibilidade de propor uma alteração legislativa com base na Política Jurídica, a fim de garantir uma proteção efetiva à União Estável. A metodologia a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa compreende o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

**Palavras-Chave:** União Estável. Direitos Sucessórios. Política Jurídica

**Abstract:** This study under the theme "The recession of the Succession of cohabiting Rights in the current Civil Code and a new proposal Legal Politico" is the assumption Research Line "Regulation of Infrastructure and legality of Strategic Assessment", within the Area of Concentration of Applied Social Sciences. After recognition of Domestic Partnership as a family unit in the Federal Constitution of 1988 sparse laws were enacted for the purpose of regulating the rights of cohabiting within which the Rights Succession. The survey directs to the show the occurrence of a setback in the specific protection of Succession Rights arising from the Stable Union with the advent of the current Civil Code. Has the objective to undertake an approach on setback occurred in Succession Rights of cohabiting and from the Legal Policy, propose a legislative change to the current regulation of these rights in the current Civil Code. Behaves as specific objectives, verification kick occurred, as well as to investigate the possibility of proposing a legislative amendment on the basis of Legal Policy in order to ensure effective protection of Stable Union. The methodology to be used in the research comprises the Cartesian method to the collection of data and the final report the inductive method with the techniques of the referent category, operational concepts, the literature and the BOOK REPORT.

**Keywords:** Stable Union. Rights Succession. Legal Policy

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada.. Bolsista do Programa UNIEDU Pós-Graduação.

<sup>2</sup> Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: julietemafra@univali.br.

## Considerações iniciais

A presente pesquisa intitulada “O retrocesso dos Direitos Sucessórios dos Conviventes no Código Civil atual e uma nova proposta Político Jurídica” A pesquisa tem por objeto demonstrar a ocorrência de um retrocesso na proteção específica dos Direitos Sucessórios decorrentes da União Estável com o advento do Código Civil atual. O objetivo é investigar o retrocesso ocorrido nos Direitos Sucessórios dos Conviventes e a partir da Política Jurídica, propor uma alteração legislativa na atual regulamentação desses direitos no atual Código Civil

Os objetivos específicos serão analisar o retrocesso ocorrido, bem como a verificar a possibilidade de propor uma alteração legislativa com base na Política Jurídica, a fim de garantir uma proteção efetiva à União Estável. Os problemas que de início se apresentaram no desenvolver dos trabalhos consubstanciaram-se nas seguintes indagações: a) As alterações legislativas ocorridas desde a Constituição Federal de 1988 até o Código Civil atual representaram um retrocesso nos Direitos Sucessórios dos Conviventes? b) É possível realizar uma nova proposta de alteração legislativa com fundamento na política jurídica?

Portanto, faz-se necessário saber, afinal o que é a Política Jurídica e qual a sua importância. Esta disciplina tem por objeto “buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes, e a história cultural do respectivo povo”.<sup>3</sup> Enfatiza-se a grande importância da Política Jurídica, pois esta é uma disciplina que prioriza, em sua dimensão prática, “[...] alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito”.<sup>4</sup> Assim, pode-se concluir que a Política Jurídica pode contribuir para modificação e melhoria da atual legislação que regulamenta os Direitos sucessórios dos Companheiros.

A metodologia a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa compreende o método cartesiano quanto a coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

### 1 A possibilidade da ocorrência de um retrocesso nos Direitos Sucessórios dos Conviventes no atual Código Civil

A partir da análise retrospectiva do instituto da União Estável desde a sua proteção pela Constituição Federal de 1988 e regulamentação pelas Leis Infraconstitucionais de nº 8.971/94 e 9.276/96, verifica-se que os Direitos Sucessórios garantidos aos Conviventes restaram amplamente protegidos. O reconhecimento da União Estável como entidade familiar e a proteção legislativa dos seus direitos sucessórios, ocorreu pela necessidade de o legislador acompanhar os fatos sociais, devendo criar normas consentâneas com a realidade.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 80.

<sup>4</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p. 20.

<sup>5</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 237.

Ao regulamentar a União Estável, garantindo-lhe amplos direitos sucessórios, cumpriram-se preceitos e fundamentos constitucionais que determinam o amparo legal a esta forma de constituição de Família, inclusive, colocando-a ao lado do matrimônio ao considerá-la como entidade familiar. Após a recepção do instituto da União Estável pela Constituição Federal de 1988, foram editadas leis infraconstitucionais com o intuito de regulamentar as conseqüências jurídicas advindas desta forma de convivência familiar. Assim, as Leis 8.971/94 e 9.278/96, ao regulamentarem à União Estável, garantiram e protegeram, de uma forma extremamente ampla, os Direitos Sucessórios dos Conviventes.

Destaca-se a ocorrência de uma importante cadeia evolutiva, pois, antes da tutela da União Estável pela Constituição Federal de 1988, não havia previsão legal quanto aos Direitos Sucessórios dos Conviventes, sendo que após a garantia oferecida a esta forma de entidade familiar pela Carta Constitucional, verificou-se uma proteção estabelecida pela jurisprudência e legitimada pela doutrina. Já com a edição da Lei 8.971/94 depreende-se uma proteção garantida pela própria legislação infraconstitucional ao prever Direitos Sucessórios específicos, como o direito à herança a título de propriedade e o direito de usufruto.

A Lei 9.278/96, editada posteriormente, além de manter a previsão referente ao direito sucessório previsto na legislação anterior, ainda acrescentou aos Conviventes o direito real de habitação. Quanto à ocorrência desta evolução legislativa, culminando na ampla garantia dos Direitos Sucessórios dos Conviventes, importante a lição trazida por EUCLIDES DE OLIVEIRA

Como visto, o direito à sucessão hereditária, nas leis da união estável, é assegurado de forma ampla ao companheiro sobrevivente, em prática equiparação ao direito do cônjuge viúvo. Somam-se aos direitos de herança e de usufruto do companheiro, previstos na Lei 8.971/94, o direito real de habitação cuidado na Lei 9.278/96 [...].<sup>6</sup>

Contudo, contrariando esta evolução, o Código Civil de 2002, surpreendeu a muitos, ao regulamentar o Direito Sucessório dos Conviventes de maneira menos favorável do que era antes da sua promulgação. Isto porque, ao invés de manter os direitos hereditários já conquistados pelos Conviventes nas leis infraconstitucionais que o antecederam, o atual Código Civil retirou determinados direitos no âmbito sucessório dos quais os Conviventes já haviam sido contemplados, deixando-os em situação desvantajosa, se comparados ao tratamento dispensado ao cônjuge sobrevivente. Assim, a atual regulamentação do Direito Sucessório mostra-se prejudicial aos Conviventes em dois aspectos: primeiro, em virtude de a previsão do Código Civil vigente implicar em um visível retrocesso aos Direitos Sucessórios anteriormente conquistados e gozados pelos Conviventes; segundo, destaca-se o fato de o tratamento dispensado ao Convivente, no que se refere aos Direitos Sucessórios, ter implicado em um descompasso com o tratamento mais benéfico dispensado ao cônjuge viúvo.

Ao abordar o retrocesso ocorrido nos Direitos Sucessórios dos Conviventes EUCLIDES DE OLIVEIRA destaca que

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Euclides. *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6 ed. São Paulo: Método, 2003, p 208.

O NOVO CÓDIGO sequer inclui o companheiro na ordem de vocação hereditária, limitando-se a tratar de seus direitos nas disposições gerais do Direito das Sucessões. Pelo teor de seu art. 1.790, o companheiro terá direito a participar da sucessão do outro apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Essa participação dá-se em concurso com os demais herdeiros, ou seja: concorrendo com descendentes do falecido, uma cota-parte igual à dos filhos comuns, ou metade do que receber cada um dos filhos; concorrendo com outros parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais), um terço da herança.<sup>7</sup>

VENOSA também enfatiza a ocorrência de um retrocesso na amplitude dos Direitos Sucessórios dos Conviventes, pois, segundo a previsão da Lei 8.971/94, que antecedeu o Código Civil de 2002 e foi revogada por este, não havendo herdeiros descendentes ou ascendentes do *de cujus*, o Companheiro sobrevivente recolheria toda a herança<sup>8</sup>. Contudo, a partir do sistema implantado pelo Código Civil, havendo colaterais sucessíveis, o Convivente herdará apenas um terço da herança, sendo que só terá direito à totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis. Isto significa que o Convivente concorrerá na herança com o tio-avô ou com o primo-irmão de seu companheiro, o que, segundo o autor, “[...] não é uma posição que denote um alcance social sociológico e jurídico digno de encômios”.<sup>9</sup>

Desta forma, em virtude da atual previsão no Código Civil de 2002, acerca dos Direitos Sucessórios dos Conviventes, depreende-se que o direito à totalidade da herança somente é reconhecido em favor do Convivente sobrevivente se não houver herdeiros sucessíveis. Verifica-se, assim, que a sucessão legítima do Convivente, a partir do regramento estabelecido no Código Civil de 2002, ocorre de forma distinta e mais desvantajosa do que a previsão reservada ao cônjuge sobrevivente, pois na ordem de vocação hereditária atualmente estabelecida, o Convivente sobrevivente não prefere nenhum parente sucessível, nem mesmo os colaterais.<sup>10</sup>

Ainda, com a agravante do disposto no *caput* do artigo 1.790 do Código Civil, segundo o qual a sucessão do Convivente restringe-se aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, gerando a discussão, já expendida no capítulo anterior, se esta disposição aplica-se ao inciso IV ou se, neste caso, o Convivente será beneficiado também com os bens adquiridos a título gratuito. Admitindo-se que a participação do Convivente na herança tenha sido limitada, incidindo apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, verificar-se-á uma inadmissível restrição ao Convivente pela vedação do seu acesso aos demais bens, ainda que faltem herdeiros sucessíveis.<sup>11</sup>

O direito ao usufruto garantido aos Conviventes pela Lei 8.971/94, também foi extinto pelo Código Civil, tanto aos Conviventes como aos cônjuges, posição que se justifica em virtude de ter sido substituído pela concorrência na sucessão com os parentes do falecido.<sup>12</sup> O Direito real de habitação concedido aos Conviventes por previsão da Lei 9.278/96, também foi extinto pelo atual Código Civil, evidenciando-se

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Euclides. *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*, p. 203.

<sup>8</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 3 ed, São Paulo: Atlas, 2003, p. 120.

<sup>9</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>10</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, p. 600.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Euclides. *Curso de direito de família*. Coordenador Douglas Philips Freitas, p. 111.

<sup>12</sup> OLIVEIRA. *Op. Cit.*, p. 111.

a ocorrência de mais um retrocesso nos Direitos Hereditários que eram garantidos aos Conviventes, e, que foi suprimido após a entrada em vigor do Código Civil de 2002. O fato de o atual Código Civil ter suprimido o direito real de habitação ao Convivente sobrevivente, mantendo este direito apenas ao cônjuge sobrevivente, traduz, para OLIVEIRA, “inadmissível disparidade no trato jurídico entre referidas pessoas”.<sup>13</sup>

Portanto, referido tratamento do Código Civil, ao beneficiar apenas o cônjuge sobrevivente com o direito real de habitação mostra-se injustificado. Registra-se ainda, a circunstância de o Convivente ter sido excluído da qualidade de sucessor legítimo, encontrando-se em posição desvantajosa em relação ao casado, uma vez que o Código Civil reserva apenas ao cônjuge sobrevivente a qualificação de herdeiro necessário, juntamente com descendentes e ascendentes.<sup>14</sup> Assim, se antes da promulgação do Código Civil, os Direitos Sucessórios dos Conviventes estavam amplamente protegidos, inclusive, igualando-os aos direitos dos cônjuges no âmbito sucessório, com a entrada em vigor da legislação civil em 2002, os Direitos Hereditários dos Conviventes sofreram um profundo retrocesso em decorrência da supressão de direitos anteriormente conquistados, bem como a diminuição de sua condição no plano sucessório.

Com relação ao tratamento diferenciado dispensado ao Convivente e ao cônjuge no atual Código Civil, destaca-se que não se verificou o mesmo posicionamento distinto ao se tratar de outras áreas de proteção jurídica, tornando esta disparidade de tratamento ainda mais injustificável.

Nesta temática OLIVEIRA assevera que,

[...] num exame abrangente da proteção jurídica dispensada à união estável, tenha-se em mente que, no campo dos direitos relativos a alimentos (art. 1.694) e à meação (art. 1.725), o companheiro é tratado em posição de igualdade com a pessoa casada. Mas, não assim, na esfera do direito sucessório, onde as disposições do novo ordenamento são bem diversas das que constavam da legislação pretérita.<sup>15</sup>

Portanto, demonstrada a real ocorrência de um retrocesso nos Direitos Sucessórios atribuídos aos Conviventes, deixando-os em situação desvantajosa em relação aos mesmos direitos concedidos aos cônjuges, entende-se injustificado o tratamento diferenciado, especialmente levando-se em conta a atual concepção de família e a proteção constitucional garantida a União Estável como forma de entidade familiar. Concernente a este atraso verificado, ao comparar os direitos anteriormente garantidos aos Conviventes através das leis especiais, com o tratamento agora dispensado aos Conviventes no âmbito sucessório, OLIVEIRA registra que “[...] o Código Civil de 2002 dá um salto para trás em face dessa redução de direitos”.<sup>16</sup>

Oportuno destacar que a discussão anteriormente realizada se fundamenta no fato de o Convivente sobrevivente ter ficado em posição menos vantajosa que o cônjuge sobrevivente, bem como e, principalmente, em decorrência do retrocesso verificado nos Direitos Sucessórios dos Conviventes após a edição do Código Civil de 2002, ao suprimir direitos anteriormente previstos pela legislação

<sup>13</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>14</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>15</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>16</sup> *Idem, Ibidem.*

infraconstitucional. Portanto, demonstradas as disparidades existentes, importante realizar-se uma reflexão crítica acerca da legislação que regulamenta os Direitos Sucessórios dos Conviventes, com a realização de uma proposta à luz da política jurídica, a fim de que o seu conteúdo se mostre, efetivamente, coerente com o paradigma da Família contemporânea, bem como respeite ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, nos moldes previstos pela Constituição Federal de 1988.

## 2 Uma proposta legislativa à luz da Política Jurídica

Conforme se observou no item precedente, a proteção legal da União Estável foi sendo concretizada como resposta a um clamor da própria sociedade, demonstrando que o Direito é dinâmico e deve evoluir a fim de atender aos anseios sociais, uma vez que “se a sociedade tende a organizar inovações, o Direito tem de evoluir na mesma direção e consagrar os princípios apropriados por essa evolução”.<sup>17</sup>

Neste sentido, KRELL assinala que a realidade social é dinâmica e o Direito também, devendo ser estudado como algo mutável para evitar a ocorrência de um descompasso entre uma realidade em constante evolução e um direito estático,<sup>18</sup> principalmente, considerando-se que as sociedades contemporâneas, que apresentam como característica a democracia, não aceitam um direito positivo que permaneça alheio às mudanças culturais e às conquistas sociais, refletindo apenas o voluntarismo do legislador ou do juiz.<sup>19</sup>

Busca-se, assim, a elaboração de um Direito que corresponda aos anseios sociais, à realidade vivenciada, e, principalmente, atenda aos valores de justiça. Se o direito é representado ou exteriorizado através das normas jurídicas, o conteúdo destas deve concretizar o valor justiça, bem como oferecer respostas compatíveis com a realidade social. Nesta temática, cumpre registrar a existência e a importância da Política Jurídica, como disciplina específica que tem como objetivo “buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes, e a história cultural do respectivo povo”.<sup>20</sup>

Enfatiza-se a grande importância da Política Jurídica, pois esta é uma disciplina que prioriza, em sua dimensão prática, “[...] alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito”.<sup>21</sup>

Neste sentido, infere-se que a Política Jurídica preocupa-se com que a norma traduza um efetivo instrumento de justiça e, por isso, sempre se posiciona além do direito positivo com o objetivo de orientá-lo para as necessárias alterações e reformas. Desta forma, aos políticos jurídicos incumbe a realização de um estudo crítico perceptivo do ordenamento jurídico positivo, assumindo a responsabilidade de aperfeiçoar o sistema normativo vigente.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. *União estável: análise sociológica*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 75.

<sup>18</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>19</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 17.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da Política Jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*. Itajaí: Univali, 2001, p. 125.

Para cumprir seu propósito, e atingir a justiça através da norma, a Política Jurídica é uma disciplina que se preocupa, entre outros aspectos, com a Consciência Jurídica da Sociedade e com a Validade Material da Norma. A Consciência Jurídica representa os valores prevalecentes em uma sociedade, de maneira que a Política Jurídica preocupa-se em verificar quais seriam estes valores, descobrindo, assim, o que deseja a maioria das pessoas sobre questões de interesse comum.<sup>23</sup> Apesar das dificuldades em estabelecer consensos, em decorrência da existência de conflitos de interesses, bem como pensamentos ideológicos distintos dentro de uma mesma sociedade, a Política Jurídica pretende descobrir, e fazer com que a norma jurídica efetivamente represente a vontade e os interesses da maioria.

Neste sentido, OLIVEIRA assevera a importância de a Política Jurídica atentar para os interesses legítimos da sociedade, ou seja, para a consciência jurídica dos indivíduos, [...] “às suas raízes éticas, aos valores que oscilam em razão de novos costumes, às múltiplas tradições regionais, ao sentir comum das pessoas, à opinião pública e a tantas outras manifestações que formam todo um realismo axiológico”.<sup>24</sup> Portanto, a constatação da consciência jurídica de uma sociedade pela Política Jurídica, representa a aferição dos valores e anseios dominantes, com o objetivo de que se possam encontrar os meios adequados para o fim proposto de bem ordenar esta sociedade, através da elaboração de normas que alcancem efetivamente a realização da justiça.

Este enfoque reflete mais um alcance da Política Jurídica, o qual representa a preocupação com a validade material da norma. Esta, segundo MELO, é obtida através do respeito aos critérios de justiça e utilidade social, pois estes valores representariam as qualidades de uma norma perfeita.<sup>25</sup> Assim, a validade da norma, enfatizada pela Política Jurídica, distingue-se da idéia de validade defendida pela ciência jurídica de natureza eminentemente positivista, para a qual a norma é válida quando compatível com a norma superior, através de uma relação hierárquica, bem como quando o seu processo de formação obedeceu ao procedimento previsto para a sua constituição.<sup>26</sup>

Neste caso, a verificação de validade da norma possui um critério estritamente formal, sem levar em consideração a integração normativa da consciência jurídica da sociedade, ou seja, a sua conformidade com a realidade vivenciada e desejada. A Política Jurídica, por sua vez, defende que “a validade de uma norma não pode ser extraída apenas de seus aspectos formais. mas deve considerar também a legitimidade ética de seu conteúdo e de seus fins”, primando, desta forma, pela validade material da norma, que deve ser buscada nas idéias do justo e do socialmente útil.<sup>27</sup> O critério de utilidade apresenta-se legítimo e adequado para definir a validade material de uma norma, quando esta tratar de questões técnicas, organizacionais e pragmáticas, que não envolvam direitos individuais e sociais.<sup>28</sup> Por

---

<sup>23</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p. 23.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da Política Jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*, p. 141.

<sup>25</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p. 32.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da Política Jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*, p. 227.

<sup>27</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 88.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 120,121.

isso, a fim de atender aos objetivos da presente pesquisa, aborda-se, com maior ênfase, o critério de justiça.

Apesar da dificuldade dos doutrinadores em conceituar Justiça, MELO apresenta uma contribuição ao estabelecer a possibilidade de se alcançar um conceito racional para esta categoria. Segundo o autor, a Política Jurídica entende e examina a “[...] Justiça como categoria cultural ou seja como um valor que a Consciência Jurídica da sociedade atribui à norma posta ou à norma proposta pois, afinal, todo valor designa o grau de aptidão de um objeto para satisfazer necessidades”.<sup>29</sup>

Abordando justiça neste sentido, segundo o autor, é possível estabelecer critérios objetivos de justiça, os quais orientam, na Consciência Jurídica, o arbitramento da norma como justa ou injusta:

1 – Justiça como ideal político de liberdade e igualdade: A norma que obstaculizar ou fraudar as aspirações de coparticipação e compartilhamento será considerada injusta. 2 – Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma: Se houver inadequação nessa relação, o sentimento resultante será de que se trata de norma injusta. 3 – Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão: A norma cujo sentido não corresponda a verdade empiricamente demonstrada e socialmente aceita será norma injusta. 4 – Justiça como legitimidade ética. A norma do direito que conflitar com a norma de moral poderá ser considerada injusta.<sup>30</sup>

Para a Política Jurídica, a legitimidade da norma depende da observância destes critérios, sendo necessária a identificação da norma com as aspirações sociais, afastando-se do conceito de legalidade para aproximar-se do conceito de justiça social.<sup>31</sup> Neste sentido, surge a importante função que a Política Jurídica exerce sobre o Direito, orientando-o para as necessárias transformações, quando constatada a desconformidade da norma com a realidade almejada pela sociedade.

OLIVEIRA assevera que a Política Jurídica penetra no Direito inicialmente com uma postura crítica, para,

[...] a partir daí observar as tendências indesejáveis e contrárias aos interesses mais elevados da coletividade e da sua própria razão de existir, e propor as mudanças de rumo, quer mediante correções adequadas, quer mediante a introdução de uma nova estrutura legal. São correções e acréscimos inspirados pela conveniência e utilidade dos meios, tendo em vista o cotidiano progresso da sociedade e a contínua transformação do direito com o elevado objetivo de ajusta-los a uma verdadeira ordem social”.<sup>32</sup>

MELO enfatiza que “a Política Jurídica é crucial quando se trate de escolhas, de juízos e de respostas concretas visando a correção de norma imperfeita, à criação da norma nova ou a exclusão de norma indesejável, por uma questão de legitimação”.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>30</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da Política Jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*, p. 46.

<sup>33</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p. 21.



Portanto, infere-se a relevante preocupação da Política Jurídica, a qual não se limita simplesmente ao direito posto, ou ao direito vigente, mas especialmente ao direito desejado, visando a consecução dos anseios sociais e dos valores de justiça através da norma. Sendo que, para cumprir sua tarefa, esta disciplina propõe a realização de análises críticas ao ordenamento vigente, para a efetivação das medidas necessárias de transformação e readequação das normas indesejadas.

Após esta breve abordagem acerca dos fundamentos da Política Jurídica, realiza-se a análise dos principais aspectos dos Direitos Sucessórios dos Conviventes, estabelecendo-se propostas de correção legislativa à luz da Política Jurídica.

### **3 A aplicação da Política Jurídica na legislação referente aos Direitos Sucessórios dos Conviventes**

A partir da abordagem realizada acerca dos Direitos Sucessórios dos Conviventes nos capítulos antecedentes, ficou demonstrada a ocorrência de um retrocesso nestes direitos após a sua regulamentação pelo Código Civil. A atual previsão dos Direitos Sucessórios dos Conviventes demonstra uma inadequação da norma vigente com o direito efetivamente almejado pela Sociedade, bem como se distancia da realidade vivenciada pela União Estável ao se confrontar a prática com a legislação que a regulamenta.

Ademais, a partir da análise realizada, infere-se, ainda, a desconformidade do Código Civil, na matéria referente aos Direitos Sucessórios dos Conviventes, com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e com as garantias constitucionais de especial proteção à Família. Portanto, alguns itens específicos dos Direitos Sucessórios dos Conviventes, no atual Código Civil, merecem uma análise à luz da Política Jurídica, com o objetivo de se estabelecer propostas de alteração das normas vigentes a fim de torná-las mais consentâneas com a realidade, bem como mais aptas a atingir o valor Justiça, tão almejado pelo Direito.

Referidas propostas são apresentadas neste trabalho, não com a pretensão de que sejam efetivamente acatadas como alterações legislativas, mas, especialmente, de contribuir para a discussão do tema e o aperfeiçoamento do direito vigente. Ainda que não se concretizem referidas propostas de modificação legislativa, a reflexão sobre o assunto por si só já cumpre o objetivo de alertar a comunidade jurídica acerca de imperfeições legislativas que merecem atenção.

Inicialmente cumpre registrar a impropriedade do retrocesso ocorrido na legislação no que se refere aos Direitos Sucessórios dos Conviventes, uma vez que se já havia sido garantido um grau de concretização dos Direitos concedidos à União Estável, bem como ao Direito fundamental à herança aos Companheiros, é injustificável que uma norma editada posteriormente venha a retirar direitos que já haviam sido gozados pelos destinatários das normas. Especialmente, porque referido grau de concretização e amplitude dos direitos tutelados, foi alcançado através de um lento processo de conquistas, implicando em resposta aos anseios e reivindicações da própria sociedade. Também não se justifica o tratamento diferenciado dispensado ao Convivente em relação ao Cônjuge sobrevivente, privilegiando este em detrimento daquele no que se refere aos Direitos Sucessórios, pois a própria Constituição Federal de 1988 havia garantido especial proteção à Família, reconhecendo como forma de constituição de Família a União Estável, ao lado do casamento e da família monoparental.

Esta igualdade de tratamento constitucional, garantindo igual proteção a estas formas de constituir Família, torna injustificável o tratamento menos benéfico atribuído ao Convivente sobrevivente. Em virtude destas injustificadas impropriedades da lei, é que se realiza uma breve abordagem sobre novas propostas legislativas do texto normativo do Código Civil Brasileiro, à luz da Política Jurídica, a fim de se corrigirem as inadequações existentes.

#### a) Supressão do artigo 1.790 do Código Civil

Conforme se verifica, o Código Civil traz a previsão referente aos Direitos Sucessórios dos Conviventes no art. 1.790, que está inserido no Livro V que trata do direito das sucessões, no Título I que aborda aspectos da sucessão em geral, especificamente no capítulo I que prevê disposições gerais. Esta posição do art. 1.790, que prevê os Direitos Sucessórios dos Conviventes, mostra-se injustificável, sendo que tal previsão deveria ter sido inserida no Título II, do livro V, que trata da sucessão legítima.

Neste sentido, HIRONAKA afirma que, “não obstante sua importância, parece, todavia, que a regra está topicamente mal colocada. Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situada no capítulo referente à ordem de vocação hereditária”.<sup>34</sup> Assim, visando a uma maior adequação da norma, o art. 1.790 do Código Civil poderia ser suprimido, inserindo-se o Convivente, ao lado do cônjuge, na ordem de vocação hereditária prevista pelo art. 1.829, em seu inciso III.

Esta alteração implicaria na seguinte redação do art. 1.829 do Código Civil:

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

[...]

III – ao cônjuge ou ao convivente sobrevivente.

Esta inserção implicaria, ainda, na necessidade de alterar-se também os incisos I e II do artigo 1.829, a fim de se coadunar com a modificação realizada no inciso III, o que os deixaria com a seguinte redação:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de 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; ou em concorrência com o convivente sobrevivente, acerca dos bens que fossem exclusivos do falecido, não pertencentes ao acervo comum adquirido na constância da união estável.

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o convivente sobrevivente.

Esta alteração, com a supressão do art. 1.790, implicaria ainda na correção da previsão do seu *caput*<sup>35</sup>, cujo conteúdo se mostra injustificável ao atribuir a

<sup>34</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 225.

<sup>35</sup> Código Civil. Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará na sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

participação de um Convivente na sucessão do outro apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente. BARROS afirma ser inconstitucional o *caput* do art. 1.790 do Código Civil, ao excluir um Convivente do direito de participar da sucessão do outro, exceto, estritamente, quanto aos bens adquiridos de forma onerosa durante a União Estável. Segundo o autor:

Se a Constituição equipara a união estável ao casamento ao incluí-la entre as formas de entidade familiar que igualmente aceita como válidas, resulta inconstitucional qualquer exclusão aplicada aos companheiros por união estável, que os discrimine *in pejus*, em cotejo com os cônjuges por casamento. Tal dispositivo do art. 1.790 do Código Civil recém-posto em vigor fere a isonomia entre as entidades familiares assegurada pela Constituição nas disposições do seu art. 226. É fulminante e irreparável a sua inconstitucionalidade.<sup>36</sup>

Portanto, não se justifica a participação de um convivente na sucessão do outro apenas com relação aos bens que foram adquiridos de forma onerosa, sendo de extrema importância a supressão deste artigo. Esta alteração, suprimindo-se o art. 1.790 do Código Civil, acarretaria, ainda, a correção do tratamento injustificado previsto nos incisos deste artigo, ao atribuir ao Convivente a concorrência com os colaterais, de maneira que só seria beneficiado com a totalidade da herança se não houvessem parentes sucessíveis.

#### b) Alteração do art. 1.831 do Código Civil

Tendo restado demonstrado ser injustificável a concessão do direito real de habitação apenas ao Cônjuge sobrevivente, excluindo este direito ao Convivente nas mesmas condições, é necessária a alteração do art. 1.831 do Código Civil. Mormente, ante o fato de que as legislações especiais que regulamentavam a União Estável, antes da entrada em vigência do Código Civil, terem concedido o direito real de habitação ao Convivente sobrevivente<sup>37</sup>, o qual foi suprimido pela legislação civil. Desta forma, a fim de se corrigir a inadequação existente, a redação do art. 1.831 poderia ser a seguinte:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, ou ao Convivente sobrevivente, 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.

Portanto, esta modificação é importante para corrigir tanto o retrocesso provocado pelo atual Código Civil, ao suprimir este direito ao Convivente, quanto o tratamento desvantajoso dispensado ao Convivente se comparado ao cônjuge.

#### c) Alteração do art. 1.832 do Código Civil

A alteração deste artigo, inserindo-se o Convivente, ao lado do cônjuge, é necessária para se coadunar com as demais propostas de alterações nos dispositivos

---

[...].

<sup>36</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Afeto, ética, família e o novo código civil*, p. 619.

<sup>37</sup> BRASIL. Art. 7º, parágrafo único da Lei nº 9.278/96.

legais antecedentes. A referida alteração, manteria a redação do artigo na sua forma atual, incluindo apenas o Convivente juntamente com o Cônjuge, o que implicaria na seguinte previsão:

Art. 1.832. Em concorrência com os ascendentes (art. 1829, inciso I) caberá ao cônjuge ou ao convivente, 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.

#### d) Alteração do *caput* do art. 1.836 do Código Civil

Esta alteração é necessária a fim de manter-se a igualdade de tratamento entre o cônjuge e o Convivente dispensada pela Constituição Federal de 1988, ao considerar tanto o casamento, quanto a União Estável, como formas de entidade familiar.

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou convivente sobrevivente. [...].

Desta forma, a modificação realizada implicaria na inserção do Convivente, ao lado do cônjuge, para concorrer juntamente com os ascendentes.

#### e) Alteração do art. 1.838 do Código Civil

Neste artigo sugere-se apenas a inserção do Convivente ao lado do cônjuge, deixando referido artigo com a seguinte redação:

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

A modificação deste artigo, colocando-se o Convivente juntamente com o cônjuge no terceiro lugar da ordem de vocação hereditária, é imprescindível para buscar-se a efetiva justiça no alcance desta norma jurídica. Primeiramente, esta alteração corrigiria o retrocesso provocado pela legislação atual, que prevê a concorrência do Convivente com outros parentes sucessíveis, recebendo apenas um terço da herança, no caso de não haverem descendentes e ascendentes.<sup>38</sup>

Registra-se que a legislação anterior ao Código Civil, que regulamentava a matéria, já previa o terceiro lugar para o Convivente na ordem de vocação hereditária, deferindo a ele a totalidade da herança se não houvessem descendentes e ascendentes.<sup>39</sup> Além disso, se manteria a igualdade de tratamento entre cônjuge e Convivente sobreviventes, corrigindo o tratamento desvantajoso dispensado a este pelo atual Código Civil, que prevê a concorrência do Convivente com outros parentes sucessíveis, para apenas, na falta destes, herdar a totalidade da herança.

#### f) Alteração do art. 1.839 do Código Civil

A alteração do art. 1.838 do Código Civil tornaria também necessária a alteração do art. 1.839 para manter a correspondência legislativa bem como a concordância entre os artigos, deixando-o com a seguinte redação:

<sup>38</sup> Art. 1.790, inciso III do Código Civil.

<sup>39</sup> Artigo 2º, inciso III da Lei 8.971/94.

Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou convivente sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

g) Alteração do art. 1.845 do Código Civil

A modificação deste artigo, incluindo-se o Convivente na classe dos herdeiros necessários, é imprescindível para harmonizar-se este dispositivo com todos os demais analisados.

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge ou convivente.

HIRONAKA, defendendo a realização desta modificação, inserindo-se o Convivente como herdeiro necessário, assevera que não se vislumbra “motivo para que as condições do cônjuge e do companheiro não se equiparassem também na proteção da legítima, como aliás, seria de bom alvitre em face das disposições constitucionais a respeito da equivalência entre o casamento e a união estável”.<sup>40</sup> Estas alterações não esgotariam as mudanças necessárias, bem como não traduziriam a perfeição legislativa, contudo, contribuiriam para o aperfeiçoamento da previsão normativa acerca dos Direitos Sucessórios dos Conviventes, visando ao efetivo cumprimento de preceitos e princípios constitucionais. Em especial, destaca-se a necessidade desta reforma legislativa, a fim de preservar-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da garantia constitucional de especial proteção à Família.

Para a realização desta tarefa destaca-se a importância da Política Jurídica, disciplina que fornece uma base teórica para a elaboração de estratégias e direcionamentos metodológicos visando às necessárias adequações entre os avanços sociais e a proteção da Dignidade da Pessoa Humana.<sup>41</sup> Portanto, aos operadores jurídicos, munidos da fundamentação teórica específica, incumbe a missão de não se conformar com o direito como está, mas buscar, incessantemente, através da pesquisa e análise crítica, as necessárias adaptações e melhorias, com vistas ao aperfeiçoamento do direito vigente.

### **Considerações finais**

Ao fim do presente artigo verificou-se que a regulamentação específica dos Direitos Sucessórios decorrentes da União Estável pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, cumprindo preceitos constitucionais, protegeu estes direitos de uma forma bastante ampla, em prática equiparação ao direito do cônjuge viúvo, garantindo aos Conviventes o direito à herança, de maneira que não havendo herdeiros descendentes ou ascendentes o Convivente sobrevivente recolheria toda a herança, o direito de usufruto e o direito real de habitação.

Contudo, contrariando a evolução ocorrida nos Direitos Sucessórios garantidos aos Conviventes, o Código Civil trouxe uma regulamentação destes direitos de maneira menos favorável do que o era antes da sua promulgação. Assim, verificou-se que o disciplinamento referente aos Direitos Sucessórios decorrentes da União Estável no Código Civil atual representa um profundo retrocesso, pois, além de retirar determinados direitos no âmbito sucessório, dos quais os Conviventes já

<sup>40</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira, p. 225.

<sup>41</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p. 85.

havia sido contemplados pela legislação infraconstitucional anterior, ainda, com o atual regramento, deixou-os em situação desvantajosa se comparado ao tratamento dispensado ao cônjuge sobrevivente.

Demonstradas as discrepâncias existentes na legislação que regulamenta os Direitos Sucessórios dos Conviventes, realizou-se uma reflexão crítica acerca desta legislação á luz da política Jurídica, verificando-se a necessidade de uma proposta de alteração do texto da lei, a fim de que seu conteúdo venha a mostrar-se coerente com o paradigma de Família contemporânea e com os princípios e garantias constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Código Civil de 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KRELL, Olga Jubert Gouveia, *União estável: análise sociológica*. Curitiba: Juruá, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*.

OLIVEIRA, Euclides. *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6 ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da Política Jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito*. Itajaí: Univali, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 3 ed, São Paulo: Atlas, 2003.

**Recebido em:** 26 de janeiro de 2015

**Aceito em:** 9 de março de 2015