



UNIPAC – UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
CURSO DE DIREITO

ELCIA DA SILVA BARBOSA

**NECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA PARA RENUNCIAR
HERANÇA NA UNIÃO ESTÁVEL**

JUIZ DE FORA
NOVEMBRO, 2012

ELCIA DA SILVA BARBOSA

**NECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA PARA RENUNCIAR
HERANÇA NA UNIÃO ESTÁVEL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pela orientadora:

Orientadora: Prof.^a Esp. Livia Barletta Giacomini

JUIZ DE FORA

2012

“Julgue seu sucesso pelas coisas que você
teve que renunciar para conseguir.”

Dalai Lama

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus por me dá força para enfrentar os obstáculos em busca dessa conquista.

Aos meus pais, por me ensinarem, a importância do esforço e luta para conquistar meus objetivos e pelo amor concedido ao longo da vida.

Agradeço a minha orientadora Livia Giacomini pela atenção, dedicação e paciência, colaborando bastante para conclusão deste trabalho.

Obrigada a todos que contribuíram para meu sucesso e para meu crescimento como pessoa.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar com base no ordenamento jurídico e na doutrina a possibilidade do cônjuge renunciar a herança sem anuência do seu cônjuge na união estável, visto que Com a abertura da sucessão, ocorre a transmissão e a posse dos bens do de cujus aos herdeiros, no momento em que ocorre a morte do autor da herança. Trata-se da aplicação do princípio da saisine em que a propriedade e a posse da herança se transmitem desde logo ao herdeiro. Ocorre a não verificação dessa transmissão, quando o herdeiro renuncia a herança, não tendo nem o cônjuge e nem os herdeiros do renunciante direitos sobre os bens rejeitados. Com isso o seu companheiro pode vir a ser prejudicado pela renúncia da herança de seu cônjuge, por via reflexa, tendo assim uma diminuição na sua esfera patrimonial. Tal fato ocorre, devido a omissão do legislador em relação a união estável sobre a necessidade da anuência do seu parceiro, vez que a lei estabelece a necessidade de outorga uxória entre os cônjuges para a prática de atos que possam comprometer o patrimônio comum do casal.

Palavras chaves: Outorga Uxória. União estável. Herança. Regimes de Bens. Renúncia.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze based on legal doctrine and the possibility of the spouse waive inheritance without the consent of your spouse in a stable relationship since With the opening of the succession, transmission occurs and possession of property of the deceased to heirs at the time of occurrence of death of the deceased. This is the principle of saisine where ownership and possession of the inheritance are transmitted immediately to the heir. Occurs not checking the transmission, when the heir renounces the inheritance, having neither the spouse nor the heirs of waiving duties on goods rejected. With that your partner might be harmed by the resignation of the inheritance of his spouse, by reflex, and thus a decrease in its equity sphere. This fact occurs due to failure of the legislature in relation to stable on the need for consent of his partner, as the law stipulates the need to grant uxória between spouses for acts that might jeopardize the common heritage of the couple.

Keywords: Grant Uxória. Stable union. Inheritance. Goods schemes. Disclaimer.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Elcio da Silva Barbosa

Aluno

Necessidade de outorga uxória para renúncia herança na
união estável

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente
Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Renato de Fátima

Laura C. Vieira

Luciana Aparecida Braga

Aprovada em 08 / 12 / 2012.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. SUCESSÃO: CONSIDERAÇÕES, ANÁLISE CONCEITUAL E EVOLUTIVA

1.1 Considerações iniciais: Análise conceitual.....	10
1.1.1 Sucessão legítima.....	11
1.1.2 Sucessão testamentária.....	13
1.1.3 A abertura da sucessão: Análise procedimental.....	14
1.2 Herança: conceito e evolução.....	15
1.2.1 A aceitação da herança.....	17
1.3 As possibilidades de renúncia da herança.....	19
1.3.1 A renúncia e suas espécies.....	20
1.4 Implicações legais do princípio da <i>saisine</i>	21

2. CAPÍTULO II - REGIMES DE BENS

2.1 Tipos de regime de bens.....	23
2.1.1 Comunhão universal de bens.....	25
2.1.2 O regime de comunhão parcial de bens.....	26
2.1.3 Participação final dos aquestos.....	27
2.1.4 Separação absoluta de bens.....	28
2.1.5 Pacto antinupcial.....	29
2.2 União estável: Análise conceitual e evolutiva no brasil.....	30
2.2.1 A união estável no Código Civil de 2002.....	33
2.3 Implicações da união estável no direito sucessório.....	37

3. CAPÍTULO III - OUTORGA UXÓRIA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PÁTRIO

3.1 Possibilidade de extensão da outorga à união estável.....	41
3.2 Necessidade de outorga para renunciar herança na união estável.....	44
3.3 Análise jurisprudencial.....	46

CONCLUSÃO.....	48
----------------	----

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo verificar a necessidade de Outorga Uxória, para o cônjuge renunciar a herança na união estável, tendo em vista, a Lei 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil de 2002 e ampliou garantias no campo patrimonial dos companheiros, que optaram por uma relação sem as formalidades como o casamento. E com base na própria Constituição Federal de 1988, que por sua vez, em seu art. 226, § 3.º, passou a reconhecer a união estável como entidade familiar. Conforme aduz o referido dispositivo constitucional:

"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."

O objetivo é compreender se o cônjuge pode ser prejudicado por uma renúncia que terá reflexo nos seus bens em caso de morte. Já que o companheiro na união estável tem direitos sobre a herança de seu parceiro, com a possibilidade de não havendo parentes sucessíveis, herdar à totalidade da herança. Sendo a outorga uxória um meio de proteger o patrimônio comum do casal contra atos que possam afetar o patrimônio de ambos, não haveria a necessidade de outorga uxória do companheiro em relação à renúncia de uma herança, com base no princípio da *saisine*¹?

Para tanto, inicia-se o capítulo I, tratando da sucessão, conceituando seus fundamentos por meio histórico, para compreender a estrutura desse instituto que regula a transferência do patrimônio após a morte de uma pessoa.

Ainda no primeiro capítulo, analisaremos a aceitação e os tipos de renúncia, que se tratando de bem imóvel, está relacionado com a espécie de renúncia que o herdeiro irá adotar. Caso ela seja uma renúncia translativa, irá ocorrer uma aceitação seguida de doação, a herança passará a integrar o patrimônio do herdeiro e haverá, portanto uma forma de alienação. E de acordo com o artigo 1.647 do código civil, os bens imóveis só podem ser alienados após outorga uxória, tese essa aceita por parte dos doutrinadores.

O capítulo II discorrerá sobre o regime de bens adotado pelos cônjuges, que também será determinante para saber se haverá a necessidade ou não do consentimento do parceiro. Apenas para os regimes de separação de bens e de participação final nos aquestos não será necessária a outorga uxória. Nos demais ela será necessária.

¹ É a transmissão imediata da herança deixada pelo "de cujus" aos seus herdeiros.

Ainda no segundo capítulo, haverá as implicações da união estável no direito sucessório. Com a equiparação efetiva da união estável ao matrimônio, o art. 1.790 do Código Civil prevê a possibilidade de, em não havendo parentes sucessíveis, o companheiro tem direito à totalidade da herança, deixando o cônjuge em situação de herdeiro legítimo. Pessoa indicada por lei como sucessora nos casos de sucessão legal, a quem se transmite a totalidade da herança. E nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis adquiridos na constância do casamento sem autorização do outro, salvo se casados sob o regime da separação de bens.

O capítulo III irá adentrar mais especificamente no tema em tela, a necessidade da outorga uxória, que por sua vez, nada mais é o consentimento dado pelo cônjuge para que o outro pratique determinados atos da vida civil, que possam prejudicar o patrimônio familiar. Isto é, ela visa proteger o patrimônio comum do casal. Quando a outorga uxória é exigida por lei, a falta dessa autorização pode repercutir na validade do ato praticado pelo outro cônjuge.

A outorga uxória nos casos de união estável há de se considerar a ampliação de direitos dos companheiros, especialmente na seara familiar e patrimonial, o que evidencia, numa análise conjuntural, que também nesse caso deverá haver tal autorização.

A presente pesquisa encerra-se com a conclusão, na qual são apresentadas teses conclusivas, seguidos das reflexões sobre a necessidade de esclarecer o assunto sobre a necessidade de outorga para renunciar o bem na união estável. Com base na equiparação adotada pela Constituição Federal e o Código Civil entre a união estável e o casamento, em relação aos direitos sucessórios.

CAPÍTULO I – SUCESSÃO: CONSIDERAÇÕES, ANÁLISE CONCEITUAL E EVOLUTIVA.

1.1 Considerações iniciais: análise conceitual.

Direitos das Sucessões é a parte geral do Direito Civil que regula a transferência do patrimônio após a morte de uma pessoa, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei ou em virtude de testamento.

A palavra suceder para Sílvio Venosa(2001, p. 1) significa, “tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos, ou seja, na sucessão existe uma substituição do titular de um direito”, portanto sempre que uma pessoa tomar o lugar de outrem em uma relação jurídica haverá uma sucessão.

No mesmo sentido Washington de Barros (2011, p. 11) deduz que a palavra sucessão num sentido amplo, significa “o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam.”.

A sucessão tem como ponto de vista subjetivo, a morte do autor da herança, que antes desse momento, tem como titular da relação jurídica o de *cujus*², e depois dele, o herdeiro torna – se o titular, assumindo os direitos e obrigações. Assim como do ponto de vista objetivo, indica a universalidade dos bens do de *cujus*, com seus direitos e encargos.

No direito existem duas formas de sucessão a que deriva de um evento morte (*causa mortis*³), quando os direitos e obrigações da pessoa falecida transferem-se para seus herdeiros e legatários, e a que deriva de um ato entre vivos, como por exemplo, uma venda ou contrato.

Quando ocorre a transmissão da totalidade de um patrimônio pelo evento morte, dá - se a sucessão hereditária, pouco importando o número de herdeiros. Aqui a sucessão é universal.

Silvio Rodrigues (2007 p.17) conceitua sucessão a título universal:

Quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade dos bens do de *cujus*, ou em uma parte alíquota deles, ou seja, o sucessor se sub-roga na posição do finado, como titular da totalidade ou de parte da *universitas iuris*⁴, que é o seu patrimônio, de modo que, da mesma maneira que se investe na titularidade de se ativo, assume a responsabilidade por seu passivo.

² É uma expressão forense que se usa no lugar do nome do falecido, ou autor da herança, nos termos de um inventário.

³ Expressão usada em atestado de óbito.

⁴ Expressão latina, usada nos EUA com o mesmo significado que "universalidade de direitos".

A sucessão a título singular ocorre por testamento, ou seja, ocorre quando o testador no ato de uma última vontade deixa para uma pessoa um bem certo e determinado de seu patrimônio, um legado, apenas acarreta a transmissão de alguns bens.

Para Arnold Wald (2009 p.5) sucessão a título singular ocorre quando: "o legatário limita-se a receber algum ou alguns bens determinados, como uma casa, um livro, certa quantia em dinheiro, sem ter de responder pelo passivo da herança."

Os sucessores legítimos são os familiares do de cujus, indicado por lei, as pessoas a ele vinculadas pelo sangue, estabelecendo-se na seguinte ordem, em que os mais próximos eliminam os mais remotos: a) descendentes cônjuge e/ou companheiro; b) ascendentes cônjuge e/ou companheiro; c) cônjuge e/ou companheiro; d) colaterais até o 4º grau.

Enquanto os testamentários são os escolhidos pelo falecido. Ocorre com a declaração de vontade do de *cujus*. Conforme o estudo feito a seguir.

1.1.1 Sucessão Legítima.

A sucessão legítima é determinada por lei e ocorre quando a pessoa falece sem deixar testamento ou se o testamento caducou ou foi considerado ineficaz ou se houver herdeiros necessários.

Segundo Arnold Wald (2009, p. 27) sucessão legítima "decorre de normas legais, sem que o falecido tenha determinado o modo de divisão dos seus bens."

Neste tipo de sucessão existe uma ordem estabelecida por lei, baseada em relações de família e de sangue. Conforme o dispõem o art. 1.829 do Código Civil:

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, 2002)

Washington de Barros (2011 p. 19) nos ensina que: “Se não há testamento, se o falecido não deixa qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima ou *ab intestato*⁵”.

Com a abertura da sucessão legítima os descendentes do de cujus são herdeiros por excelência, pois são chamados em primeiro lugar a suceder, adquirindo os bens por direito próprio.

Não havendo herdeiros da classe dos descendentes, chamar-se-ão à sucessão do de cujus os seus ascendentes, sendo que o grau mais próximo exclui o mais remoto, não se devendo atender à distinção de linhas, ou seja, à diversidade entre parentes pelo lado paterno ou pelo materno, porque entre os ascendentes não há direito de representação, de modo que o ascendente, falecido, não pode ser representado por outros parentes.

Na falta de descendentes, ascendentes e de cônjuge sobrevivente, são chamados a suceder os colaterais até o quarto grau, atendendo-se ao princípio cardeal de que os mais próximos excluem os mais remotos; assim, se forem convocados à sucessão os irmãos (parentes de 2º grau), excluídos estarão os tios e sobrinhos (3º grau); entretanto, ressalva-se o direito de representação, concedido estritamente a filhos de irmãos, assegurando-se a sucessão por estirpe quando filhos de irmãos concorrerem com irmão do falecido, aproximando-se por ficção, os parentes mais afastados.

Não havendo parentes sucessíveis, ou cônjuge sobrevivente, ou se eles renunciarem à herança, o direito sucessório será transmitido ao Município ou ao Distrito Federal ou à União; na ordem de vocação hereditária o poder público está em último lugar, sendo chamado à sucessão na falta de consorte sobrevivente e de parente sucessível até o quarto grau, desde que haja sentença que declare a vacância dos bens, que só passarão ao seu domínio após cinco anos da abertura da sucessão, porque nesse lapso de tempo o herdeiro pode, ainda, reclamar judicialmente a herança.

Assim estabelece o artigo 1.788 do Código Civil:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. (BRASIL,2002).

Portanto o herdeiro legítimo adquire automaticamente o domínio e a posse dos bens

⁵ Diz-se sucessão sem testamento.

deixados pelo falecido, pois não existindo testamento, deve-se operar a sucessão legítima, devido a ausência de possibilidade da produção dos efeitos do testamento.

1.1.2 Sucessão testamentária.

Maria Helena Diniz (2011, p. 204) no tocante à sucessão testamentária nos ensina que “a sucessão testamentária é aquela em que a transmissão hereditária se opera por ato de última vontade, revestido da solenidade requerida por lei, prevalecendo as disposições normativas naquilo que *foius cogens*⁶, bem como no que for omissivo o testamento”.

A ordem jurídica permite a pessoa física definir a destinação de seus bens após seu falecimento. É o direito de testar de cada indivíduo. Conforme dispõe o caput do artigo 1.857 do Código Civil “toda pessoa capaz pode dispor por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.(BRASIL, 2002)

Segundo Fábio Ulhoa (2011, p.302) “o direito de dispor sobre os próprios bens depois da morte, é reconhecido a toda pessoa capaz e aos relativamente incapazes, desde que se encontre em pleno discernimento”.

Portanto se o falecido deixou testamento válido, ter-se-á nesse caso a sucessão testamentária, atribuindo-se assim a herança as pessoas indicadas pelo ato de última vontade.

A sucessão testamentária ainda é pouco usada em nosso país, devido à lei pátria ter contemplado a vocação hereditária ante a sucessão legítima.

Há restrições para de dispor de mais da metade de seus bens, havendo herdeiros necessários, exceto se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade; de fazer pactos sucessórios e doações *causa mortis*.

⁶ Direito cuja aplicação é obrigatória pela parte e não pode ser afastado pela vontade de particularidades.

1.1.3 A abertura da sucessão: análise procedimental.

A morte é que define a abertura da sucessão, uma vez que não existe sucessão hereditária, sem a morte do de cujus. E nesse momento que ocorre a abertura da sucessão, transmitindo-se a posse dos bens do falecido aos seus herdeiros, independentemente de qualquer ato. Essa transmissão é automática ocorrendo *ipso iure*⁷.

É o que descreve o art. 1.784 do código civil: “Aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Segundo Fábio Ulhoa (2011, p. 260) “aberta à sucessão, o patrimônio do falecido, que compõem a herança, transmite-se, de imediato, à titularidade dos herdeiros, legítimos ou testamentários. Institui-se entre eles um condomínio, regido, em parte, pelas normas do direito das sucessões.”.

Leciona ainda Maria Helena Diniz (2011 p.37) que “com a abertura da sucessão, o domínio e a posse da herança passam aos herdeiros, sem que estes tenham necessidade de pedi-los ao magistrado, e passam nas mesmas condições que em que os tinha o autor da herança.”.

É o próprio falecido que coloca o sucessor no domínio e posse dos bens hereditários, instantaneamente, independente de qualquer formalidade ou ato seu.

Não existe herança de pessoa viva, embora possa ocorrer a abertura da sucessão do ausente, presumindo-se a morte. De acordo com o artigo 26 do código Civil, “decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão”.

Deste modo a lei autoriza que aos herdeiros do ausente ingressar com o pedido da abertura de sucessão provisória. Se após dez anos o ausente não tiver retornado, os herdeiros poderão requerer a sucessão definitiva, que também terá duração de dez anos.

Em relação ao tempo e lugar da abertura da sucessão, ela abre-se no lugar no último domicílio do falecido, sendo este o lugar onde se fixará o foro universal da herança, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro, dessa forma “a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”.

Se o autor da herança não possuía domicílio certo, será considerado o local da situação dos bens; se além da falta de domicílio, o *de cujus* possuía bens em lugares diferentes, será

⁷ Palavra em latim que significa em razão do próprio direito, sem intervenção da parte.

considerado o lugar do óbito e caso tivesse mais de um domicílio, o inventário poderá ser processado em qualquer um deles, sendo mais sensata a escolha pelo local mais conveniente para os herdeiros.

1.2 **Herança: conceito e evolução.**

Desde o momento em que o homem passou a considerar os bens materiais como algo de grande valor. A herança começou a ter grande relevância no âmbito jurídico, sendo um direito garantido no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal. Possuindo um status de direito fundamental.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXX - é garantido o direito de herança; (BRASIL, 1988).

Este tipo de relação remonta à civilização egípcia, que agregavam a ideia de família, detentora, portanto, de alguns direitos dela sobrevividos. Em Roma, o herdeiro substituíu o falecido em todas as relações jurídicas (direitos e obrigações), assim como na religião, na medida em que era o continuador do culto familiar.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira (2004, p.9), “era costume francês, na Idade Média, que os bens do servo falecido voltassem para o seu senhor até que os herdeiros pagassem para se imitir na posse”.

Em decorrência histórico-sociais da sucessão o direito de herdar passou a ser tratado pelo código Civil, com início no artigo 1.784 a 2027. Que diz que após a morte de uma pessoa com patrimônio, abre-se a sucessão, transferindo os bens do de cujus, automaticamente, para os herdeiros legítimos e testamentários que, a partir de então, terão legitimidade para demandar qualquer ação em defesa do acervo hereditário, inclusive contra os demais herdeiros, se for o caso.

Neste contexto é Imprescindível, trazer o conceito de herança que em linhas simples, é o conjunto de bens, direitos ou obrigações deixados pelo de cujus e transmitidos por

disposição testamentária ou por virtude de morte. Sendo está indivisível até a sentença de partilha.

Arnold Wald (2011 p.7) define herança como “o conjunto de bens, direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros e legatários”.

O herdeiro pode ceder uma parte do seu quinhão, mas nunca um bem do acervo sem o consentimento dos demais. O conjunto de todos os bens deixados pelo de cujus é considerado na sua totalidade como bem imóvel para os efeitos legais até que seja feita a partilha, assim, mesmo que o acervo patrimonial transmitido pelo de cujus se componha totalmente de bens móveis, para a alienação, torna-se necessária a outorga marital ou uxória.

Conforme aduz os artigos 1.793 e 1.794 do Código Civil:

Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.

§ 1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.

§ 2º É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.

§ 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.” (BRASIL, 2002)

Art. 1.794. O co-herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto.(BRASIL, 2002)

A esse respeito, segue Sílvia Rodrigues (2002, p. 23) que diz “mesmo que o de cujus tenha vários herdeiros, a herança defere-se como um todo unitário, e o direito dos co-herdeiros quanto à propriedade e posse da herança será indivisível, regulando-se pelas normas relativas ao condomínio. Como dispõe o artigo 1.791 parágrafo único do Código Civil de 2002.

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio. (BRASIL, 2002)

A transmissão não ocorre em relação a bens específicos, mas sim sobre o acervo, como um todo. Somente após a partilha é que há a concretização do direito de propriedade em bens singularizados. Por isso, o co-herdeiro não pode, em princípio, realizar venda de algum bem em si, sob pena de afrontar o direito de propriedade dos demais herdeiros.

1.2.1 A aceitação da herança.

Com a morte do autor da herança todo o seu patrimônio transferem-se aos seus herdeiros legítimos e legatários de forma universal sem se falar em fração ideal, ou seja, a parte indivisível e indeterminável das áreas comuns e de terreno, correspondente à unidade autônoma de cada condômino. Contudo a lei não impõe a ninguém a obrigação à incorporação do patrimônio deixado pelo de cujus ao seu. Assim a aceitação da herança se torna essencial.

É necessário analisar o *animus adquirendi*⁸ do herdeiro. Deve haver uma relação entre a vontade do herdeiro, a vontade do de cujus ou a previsão legal. Esta necessidade advém dos efeitos jurídicos descritos no artigo 1.792 do Código Civil que diz:

“O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.”

A aceitação é um negócio jurídico unilateral, é necessário apenas uma manifestação de vontade, indivisível, porque não pode aceitar ou renúncia uma parte da herança. De natureza não receptícia. Pois não precisa ser comunicada, para produzir seus efeitos.

A aceitação da herança conforme ensina Maria Helena Diniz (2005, p.66) vem a ser ato jurídico unilateral pelo qual o herdeiro, legítimo ou testamentário, manifesta livremente sua vontade de receber a herança que lhe é transmitida.

Estabelece o art. 1.807, do Código Civil, o prazo de até 30 dias para que o herdeiro se manifeste se aceita ou não a herança que lhe é de direito. Caso não se manifeste, considerar-se-á como aceita. Podendo qualquer interessado requerer ao juiz competente para o inventário, depois de 20 dias da data em que foi aberta a sucessão, para fins de pronunciamento. Podem ser considerados como interessados nessa pretensão: o co-herdeiro, o testamentário, o credor, e o que eventualmente sucederia o herdeiro, em substituição, caso venha a se consumir eventual renúncia.

⁸ Intenção de adquirir.

Existem três tipos de aceitação que são a expressa realizada por declaração escrita, por intermédio de instrumento público, particular ou termo nos autos do inventário. Tácita caracterizada por atos próprios da qualidade de herdeiro e presumida que ocorre quando o herdeiro deixa correr o prazo sem se manifestar sobre a herança.

A aceitação da herança pode se apresentar, ainda, de duas formas direta ou indireta. A primeira se constata quando provier do próprio herdeiro, já a segunda, quando outrem a faz por ele, nos seguintes casos:

- i) Aceitação pelos sucessores do herdeiro, quando este falecer antes de sua manifestação, ao menos que, se trate de vocação adstrita a uma condição suspensiva, ainda não verificada (art. 1.809/CC);
- ii) Tutor e curador, pelos seus tutelados e curatelados, quando revestidos de autorização judicial;
- iii) Mandatário ou gestor de negócios, representando o herdeiro;
- iv) Credores, até o montante do crédito, representando o herdeiro devedor (art.1.813/CC).

A aceitação da herança deve ser pura e simples, ocorrendo muita das vezes tacitamente, não podendo estar vinculada a condição ou termo, uma vez que, adquirida a herança pelo herdeiro ou pelo monte, não mais pode ela ser perdida. Caso o herdeiro deseje rejeitar a sua herança a legislação exige que o ato seja expresso, denominado de renúncia, conforme veremos no item seguinte.

1.3 As possibilidades de renúncia da herança.

A renúncia é um ato jurídico, solene, unilateral, pelo qual o herdeiro declara expressamente que não aceita a herança que lhe foi deixada, a partir da abertura da sucessão. Sua renúncia não lhe cria qualquer tipo de direito, pois é como se ele nunca tivesse herdado.

Washington de Barros Monteiro (2011 p.66) diz que: "Renúncia não é outra coisa senão a demissão da qualidade de herdeiro."

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010 p.101) "A renúncia da herança é negócio jurídico unilateral, pelo qual o herdeiro manifesta a intenção de se demitir dessa qualidade."

A transmissão da herança tem- se por não verificada quando o herdeiro renuncia a herança como disposto no artigo 1.804 parágrafo único do Código Civil de 2002.

Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.

Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança. (BRASIL, 2002)

É necessário para sua validade agente capaz, pois a renúncia se assemelha a uma alienação, passa a herança ser considerada bem imóvel, necessitando da autorização do cônjuge, exceto no regime de separação absoluta, onde não há comunicação entre os bens. É necessário também vontade livre, ou seja, livre arbítrio, e lavratura de escritura pública ou termo judicial pública ou termo judicial, nos autos do inventário sob pena de nulidade como elencado no artigo 1.806 do Código Civil de 2002 que nos mostra que “a renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial”.

Caso haja algum tipo de vício por erro, dolo ou coação, a renúncia será anulável. Bem como não pode haver fraude aos credores, pois a fraude contra o direito de terceiros, além da transgressão à lei, a ação fraudulenta é dirigida com malícia, com ou sem a intenção de ocasionar prejuízo contra o titular do direito lesado, sendo o mais grave ato ilícito.

Os terceiros interessados poderão intervir em casos de renúncia hereditária, quando se percebe que o renunciante agiu de má fé, deixando de receber o quinhão hereditário para inadimplir obrigações por acaso contraídas. Neste caso, seus credores poderão embargar esta renúncia, recebendo no lugar do herdeiro o quinhão que lhe seria dado. Isto depende de ação própria, onde deverá ser provada a má fé do renunciante.

A renúncia tem efeito *ex tunc*⁹, ou seja, retroativo, até à época do falecimento do de cujus. Assim como ela é irrevogável e irretratável. Produzindo efeito imediato. De acordo com o artigo 1.812 do código civil. “São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança.”

A renúncia é irretratável, mas o herdeiro que renuncia à herança, não está impedido de aceitar o legado e vice-versa. Os descendentes do renunciante não poderão receber o seu quinhão hereditário - exceto se for o único herdeiro. A renúncia não pode ser feita sobre uma parte dos bens, mas sim sobre o montante.

Silvio Rodrigues (2007 p.62) deduz que: “A renúncia é irretratável, pois se tratando de ato jurídico unilateral, ele se aperfeiçoa desde o momento da emissão solene da declaração de

⁹ Expressão de origem latina que significa "desde então", "desde a época". Significa que seus efeitos são retroativos à época da origem dos fatos.

vontade, gerando, desde então, todos os efeitos dele decorrentes.”.

A renúncia é irretratável porque retroage á data da abertura da sucessão, presumindo-se que os outros herdeiros por ela beneficiados tenham herdado na referida data. Como ela é um ato unilateral se aperfeiçoa desde o momento da manifestação de vontade.

1.3.1 A renúncia e suas espécies.

Como vimos no tópico supracitado Silvio Rodrigues define renúncia como: “ato solene pelo qual uma pessoa, chamada á sucessão de outra, declara que a não aceita.”.

Os herdeiros podem, na forma do artigo 1.812 do Código Civil, renunciar ao seu quinhão hereditário, mas frise-se que tal renúncia é irrevogável. Um exemplo disso ocorre quando a meeira renuncia sua parte na herança. Tal renúncia pode se dar de duas formas: translativa, em favor de seu descendente, ou abdicativa, em favor do monte. Caio Mario (2005, p.59) discorre sobre o assunto em sua obra:

Ao propósito, costuma-se distinguir da renúncia abdicativa a chamada renúncia translativa, que implica a transmissão a determinada pessoa, designada pelo renunciante. A primeira (abdicativa) é verdadeira renúncia, ao passo que a segunda (translativa ou translatícia) envolve duas declarações de vontade, importando em aceitação e alienação simultânea ao favorecido.

Na renúncia translativa, há uma transmissão é aquela feita após a aceitação, em favor do herdeiro, e que por sua vez, o transfere a um terceiro. Havendo duas transmissões que dará incidência a um Imposto sobre Transmissão Causa Mortis ou Doação (ITCMD) e na sequência, enseja a cessão gratuita outra obrigação tributária, já esta em decorrência da doação. Para que isso não ocorra, deve se optar pela renúncia pura ou abdicativa, em favor do monte e sendo distribuídos aos demais herdeiros, sem qualquer incidência tributária. Se não houver herdeiros, os bens vão para o erário público.

Atualmente, questão interessante no direito tributário se dá na transmissão causa mortis. Não há dúvidas que o momento do óbito de um familiar é por si só uma situação delicada. Todavia, como são inevitáveis tanto a morte quanto os tributos, o indivíduo deve se preparar para arcar com a carga tributária devida, podendo muitas vezes minimizá-la de forma lícita. Uma dessas hipóteses ocorre na elaboração do inventário.

1.4 Implicações legais do princípio da *saisine*.

O princípio de *saisine* surgiu na Idade Média, na época em que ao falecer algum arrendatário o seu patrimônio ficava sempre nas mãos do senhor feudal, de modo que os herdeiros do falecido teriam de pleitear a imissão na posse, pagando para tal uma contribuição. E para evitar o pagamento desse tributo, adotou-se a ficção de que o defunto havia transmitido ao seu herdeiro no momento da sua morte a posse de todos os seus bens. Com isso doutrinadores franceses criaram esse princípio. Surgindo assim o *droit de saisine*.

Como ensina Caio Mario (2000, p. 15):

Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serfmortsaisitlevif, sonhoir de plusproche*. Com efeito, no século XIII a *saisine* era referida num Aviso do Parlamento de Paris como instituição vigente e os *établissements* de St. Louis lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans.

No Código Civil de 1916, no texto de seu artigo 1572, tinha-se que “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (BRASIL, 1916)

O Código Civil de 2002 adotou o princípio de *Saisine*, que possibilita aos herdeiros o acesso ao patrimônio deixado causa mortis, imediatamente após o óbito, não havendo interrupção na titularidade dos bens. Conforme está previsto em seu artigo art. 1.784, e que dispõe que “aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e aos testamentários”.

Na lição de Orlando Gomes (1995, P. 21) “[...] o direito pátrio filiou-se à doutrina do *saisine*. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Com a morte de alguém há abertura da sucessão e automaticamente se aplica o sistema da *saisine*, que representa uma apreensão possessória autorizada sendo uma faculdade dos herdeiros do patrimônio entrar na posse dos bens que constituírem a herança.

Este princípio veio para auxiliar na proteção do patrimônio, para que o mesmo não fique a espera de procedimentos legais que demandam certo tempo, sob pena do bem se

deteriorar com o tempo, ou, até que alguém, na qualidade de administrador provisório, tome a iniciativa de defendê-lo. Tornando a transferência imediata do patrimônio uma exigência legal.

Conforme ensina Carlos Gonçalves (2010, p.41) outra característica do princípio da saisine consiste em que o herdeiro que sobrevive ao de cujus, ainda por um instante, herda os bens por este deixado e os transmite aos seus sucessores, se falecer em seguida. Desse modo, após a abertura da sucessão, não importa qual seja o momento da morte, há a transferência imediata de todo os bens do falecido aos seus herdeiros legítimos e testamentários, assim, estes logo terão posse e domínio da herança. Vale lembrar que o direito dos herdeiros será em condomínio.

CAPÍTULO II - REGIMES DE BENS: CARACTERIZAÇÃO E ESPECIFICIDADES

2.1 Tipos de regime de bens

Regime de bens são todas as normas e princípios que regem as relações econômicas entre os cônjuges. Para Regina Beatriz Tavares (2008, p.1.787), "Regime de bens é o conjunto de princípios e normas referentes ao patrimônio dos cônjuges, que regulam os interesses econômicos oriundos do casamento, podendo ser chamado de 'estatuto patrimonial' da sociedade conjugal."

Carlos Roberto Gonçalves (2005, p.382) define que regime de bens "é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal".

No código Civil de 1916 o casamento era indissolúvel, o regime legal era a comunhão universal de bens, não importando a origem do patrimônio e a época da sua aquisição. O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. Surgindo anos depois o Estatuto da mulher casada (L 4.121/1962), que instituiu a incomunicabilidade dos bens adquiridos pela mulher com o fruto do seu trabalho. Sendo extinto devido ao princípio constitucional da igualdade.

Com a lei do divórcio (lei 6.515/1977) o regime legal adotado passou a ser o da comunhão parcial, que afasta a comunicação dos bens adquiridos antes do casamento.

Em 1988 com a Carta Constitucional, estabeleceu-se uma igualdade nas relações advindas da união estável, a qual reflete diretamente na escolha do regime que irão adotar.

O atual código civil introduziu o regime da participação final dos aquestos e a possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento.

O regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento, que regula a situação patrimonial do casal durante a vigência do matrimônio e principalmente pela sua dissolução. Tem como finalidade regular o patrimônio anterior e posterior ao casamento. O Estado regula regime de comunhão parcial de bens também conhecido como regime legal. Contudo os noivos podem escolher o que quiserem e da forma que achar melhor sobre seus bens. Conforme artigo 1.639 do Código Civil de 2002 "é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhe aprouver". (BRASIL, 2002)

Não havendo qualquer tipo de restrição imposta pela lei. Constante do texto legal do parágrafo único do art. 1.640 do Código Civil de 2002 “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula”. Nos ensina Fábio Ulhoa (2011, p.79) que:

Os cônjuges desfrutam da mais ampla liberdade para estabelecer o que for do interesse deles no tocante aos bens. Para facilitar a formalização da escolha, a lei disciplina quatro regimes: comunhão universal, comunhão parcial, separação absoluta e participação final dos aquestos.

O momento certo para definir o regime matrimonial é o da habilitação. O oficial de registro civil tem a obrigação legal de esclarecer sobre os regimes existentes na lei. Artigo 1.528 do Código Civil aduz que “é dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens.”. (BRASIL, 2002)

Tem os nubentes a liberdade de ficarem em silêncio, sujeitando-se ao regime da comunhão parcial. E se assim não desejarem, terão que socorrer ao pacto antinupcial. A separação judicial é que põem termo ao regime de bens.

Ainda que os nubentes sejam livres para alterar o regime de bens através do pacto nupcial mediante escritura pública, após o casamento, a mudança depende de ação judicial, com consenso das partes, passando a valer do trânsito julgado da sentença. É possível retroagir aos efeitos da modificação, que pode ter efeitos *extunc* ou *ex nunc*¹⁰, que vai depender da vontade dos nubentes.

Em razão da liberdade de escolha dos nubentes tratou de quatro regimes de bens, que são: Comunhão Universal, comunhão parcial, separação absoluta e participação dos aquestos.

Os regimes são classificados em simples e híbridos. Os simples são aqueles regimes em que não cabe distinguir partes no patrimônio do cônjuge. São eles os regimes de comunhão universal e separação absoluta. Já os regimes híbridos cada cônjuge pode ter o seu patrimônio particular e comum. Enquadram-se nesse regime a comunhão parcial e a participação final dos aquestos.

¹⁰ Expressão de origem latina que significa "desde agora". significa que seus efeitos não retroagem.

2.1.1 Comunhão Universal de Bens.

O regime de comunhão universal de bens era o regime legal adotado pelo código civil de 1916. Neste regime o que importa é a comunicação entre os patrimônios dos cônjuges, de todos os bens posteriores ou anteriores ao casamento. Conforme dispõem o artigo 1.667 do Código Civil "o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas". Aduz Maria Berenice Dias (2006, p. 208):

Ocorre uma fusão entre os acervos trazidos para o matrimônio por qualquer dos nubentes, formando uma única universalidade, á qual se agrega tudo o que vier a ser adquirido a título oneroso, por doação ou herança, por qualquer dos cônjuges, na constância do enlace conjugal. Os patrimônios se fundem em um só.

As dívidas contraídas antes do casamento estão fora da comunhão. Porém se qualquer um dos cônjuges contrair alguma dívida no exercício da administração, elas serão pagas com o patrimônio comum e particular do cônjuge administrador e com o patrimônio do outro na medida do proveito que tiver auferido.

É proibido aos cônjuges casados sob o regime de comunhão universal contratar sociedades entre si ou terceiros. Assim como é necessário a anuência de ambos para qualquer ato, a título gratuito, que implique cessão do uso e gozo dos bens comuns.

Conforme nos ensina Fábio Ulhoa (2011, p. 90):

Excetuam-se da comunicação unicamente alguns bens expressamente relacionados pela lei, como os gravados com a cláusula de inalienabilidade ou de incomunicabilidade, os proventos do trabalho pessoal, direitos autorais e outros.

São excluídos da comunhão conforme o artigo 1.668:

Artigo 1.668 - São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.(BRASIL, 2002)

Como visto no artigo acima o regime da Comunhão Universal de Bens, apesar do nome, possui algumas exceções instituídas pelo legislador. Em regra geral, todos os bens, são comuns. Mas alguns deles excepcionalmente, não se comunicam e são denominados bens próprios.

2.1.2 O Regime de Comunhão Parcial de Bens.

Na comunhão parcial, a comunicação entre os bens acontece com os bens adquiridos após o casamento. Mesmo que tenha sido registrado no nome de um só dos cônjuges. Os bens anteriores ao casamento não se comunicam. Embasado no artigo 1.658 do Código Civil “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. (BRASIL, 2002)

Na constância do casamento se um dos cônjuges ganhar algum bem ou adquiri-lo de forma não onerosa, não haverá comunicação do bem com o outro cônjuge. Como doação e herança. São excluídos da herança, conforme o artigo 1.659 do Código Civil:

Artigo. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
 - II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
 - III - as obrigações anteriores ao casamento;
 - IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
 - V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
 - VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
 - VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.
- (BRASIL, 2002)

E ainda preleciona Fábio Ulhoa (2011, P. 93) que “no regime de comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam, a menos que sejam provenientes de doação ou sucessão ou mesmo da sub-rogação de anteriores à constituição do vínculo matrimonial”.

Os bens próprios ou excluídos da comunhão não se comunicam com a dissolução do casamento, permanecem com o seu titular. Nesse regime, mesmo sendo alguns bens incommunicáveis, os frutos e rendimentos provenientes desses bens se comunicam ou passam para ambos os cônjuges.

2.1.3 Participação final dos aquestos.

No regime de participação final nos aquestos, o patrimônio dos cônjuges se reparte em particular e comum. Contudo só se comunicam os adquiridos na constância do casamento mediante o esforço comum do casal.

Para Maria Berenice Dias (2006, P.2006) aquestos significa: “Aquestos são os bens próprios de cada um dos cônjuges amealhados durante o casamento e mais os bens adquiridos por eles em conjunto.”

A administração do patrimônio particular compete exclusivamente ao cônjuge que o titula. Assim como suas dívidas contraídas, serão sanadas apenas com seus bens. Mesmo quando posteriores ao casamento. De acordo com o artigo 1.677 do Código Civil “pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro”. (BRASIL, 2002)

A comunhão nesse regime somente se estabelece com o término do casamento, o cônjuge não tem a titularidade da meação durante a sociedade conjugal. Ocorrerá a meação somente no caso de dissolução do matrimônio e apenas dos bens adquiridos pelo esforço comum. A meação fica suspensa enquanto durar o casamento.

Caso um dos cônjuges houver doado algum bem sem a autorização do outro, considera-se o ato praticado em desfavor do seu patrimônio particular e não dos bens comunicados. O cônjuge ou descendentes que se sentirem prejudicados podem reivindicar o bem doado ou alienado ao ajuste no cálculo dos aquestos.). Com relação aos bens móveis,

salvo prova em contrário, presumir-se-ão adquiridos pelo esforço de ambos, já em face de terceiros, presumem-se de domínio do cônjuge devedor, exceto se for de uso pessoal do outro.

Após o cálculo dos aquestos, ocorrerá a meação. Dividindo se possível o bem em espécie. Caso isso não seja possível, o cônjuge proprietário pagará ao outro cônjuge o valor correspondente à meação em dinheiro. Não dispondo de meios para isso, alguns de seus bens serão vendidos para liquidação da partilha. Com fulcro no artigo 1.684 do Código Civil:

Art. 1.684. Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário.

Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem. (BRASIL, 2002)

Este regime de participação final nos aquestos assegura que cada cônjuge possua patrimônio próprio, e dessa forma facilitando que ambos tenham atividades autônomas, como já se verifica. Haverá a reposição monetária, no caso de não ser possível a divisão dos bens.

2.1.4 Separação absoluta de bens.

Neste regime, os bens dos cônjuges não se comunicam, sejam eles anteriores ou posteriores ao casamento. Nunca haverá patrimônio comum.

Assim dispõe o art. 1.687 do Código Civil: “Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”. (BRASIL, 2002).

A pessoa casada no regime de separação pode dispor de seus bens livremente. Cada um administra seus bens, assim como suas dívidas anteriores e posteriores ao casamento. Nem mesmo para vender bens de ascendentes e descendentes se faz necessário o consentimento do cônjuge.

Em determinados casos, a lei impõe o regime de separação absoluta, por considerar que os cônjuges podem não se encontrar em condições de tomar a decisão certa, ou que possa prejudicar direitos de terceiros. Assim dispõe o artigo 1.641 do Código Civil:

Artigo.1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
 I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
 II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
 III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.
 (BRASIL, 2002)

Para Fábio Ulhoa (2011, P. 93) “adotado o regime de separação absoluta, o casamento não projeta outros efeitos patrimoniais além da obrigação de cada cônjuge contribuir, proporcionalmente às suas rendas, para as despesas do casal”.Inexiste o direito de meação, até mesmo quando os dois cônjuges contribuíram para a aquisição do bem registrado somente no nome de um deles.

2.1.5 Pacto antinupcial.

Durante o processo de habilitação do casamento, os nubentes podem alterar o regime de bens, através do pacto antinupcial, que adota obrigatoriamente a forma pública. Será nulo se celebrado por instrumento particular. Esta é, portanto a única forma de se contratar regime que não seja o comum ou legal da comunhão parcial ou da separação obrigatória de bens.É contrato facultativo para quem quer utilizar-se da liberdade conferida pela lei para contratar regime de bens diverso daquele imposto pelo legislador em caso de silêncio.

O pacto não terá validade se for feito entre pessoas casadas. Ele é obrigatório apenas o regime adotado não for o convencional, pois por lei a omissão da declaração tempestiva, o regime de bens será o da comunhão parcial. Com base no artigo 1.640 do Código Civil:

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.
 Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas. (BRASIL, 2002)

Se os nubentes forem menores, ainda assim não há impedimento para celebrarem contrato antinupcial. Porém sua eficácia está condicionada a aprovação de seu representante legal.

É negócio jurídico bilateral no qual os nubentes têm autonomia para se estruturarem. A autonomia diz respeito não apenas à escolha do regime distinto, mas o modo como serão reguladas suas relações patrimoniais, após o casamento, com liberdade, desde que não se pretenda fraudar a lei ou contra interesses de terceiros.

Após a celebração do matrimônio, será lavrado assento pelo oficial do registro público, exarando o regime de bens, com declaração da data e do cartório em cujas notas, foi tomada a escritura antenupcial, que será declarado expressamente, conhecido.

2.2.União estável: análise conceitual e evolutiva no Brasil.

A união duradoura e contínua entre o homem e a mulher, sem a constituição do casamento, caracterizada pela “união livre” e ficou conhecida durante um longo período, de concubinato.

O concubinato surgiu na antiguidade, quando Patrícios e Plebeus eram impedidos de se casarem, e por isso uniam-se extra matrimonialmente. A partir do século XIX na França, os tribunais passaram a analisar os direitos das concubinas, especialmente no direito patrimonial, onde passou haver promessa de certas vantagens de obrigação natural, em relação à ex-companheira no caso de dissolução do concubinato. Em 1912 ocorreu a promulgação da primeira lei francesa visando direitos à concubina no caso de dissolução do relacionamento. Tal lei teve grande influência nos tribunais brasileiros a respeito da aplicabilidade dos direitos das concubinas, com uma evolução legislativa, jurisprudencial e mais tarde o reconhecimento do concubinato em união estável.

Porém até a publicação da Constituição Federal de 1988, a legitimidade da família era advinda do casamento civil, considerando ilegítima a união de fato.

O código de 1916 com a finalidade de proteger a família constituída do matrimônio omitiram-se em regular as relações extramatrimoniais, proibindo, benefícios testamentários, doações ou a inclusão da concubina como beneficiária de contrato do seguro de vida.

A rigidez era tanta que a única modalidade de separação que havia era o desquite que não dissolvia a sociedade conjugal e impedia a realização de um novo casamento. Somente no ano de 1977 é que foi criada a lei 6.015/77 que instituía o divórcio como instrumento de dissolução do vínculo conjugal.

Contudo com a evolução dos costumes as uniões extramatrimoniais ganharam a aceitação da sociedade, levando a atual Constituição federal a dar um grande passo no nosso ordenamento jurídico, ao proclamar o artigo 226 §3º segundo o qual “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”.

A partir desse dispositivo constitucional, nosso ordenamento jurídico ganhou um novo status, com o Estado passando a proteger qualquer forma de família, não fazendo distinção de nenhuma delas, aplicando princípio da igualdade constitucional. A relação familiar, nascida fora do casamento passou a denominar-se união estável.

A união estável caracteriza-se pela convivência duradoura entre homem e mulher com o objetivo de constituição familiar.

A partir desse dispositivo constitucional, surgiram leis ordinárias disciplinando sobre o novo assunto. Primeiro veio a Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, também conhecida como Lei dos Companheiros. Essa lei assegurou aos companheiros direito a alimentos e a sucessão do companheiro. A lei aduz que:

Art. 1.º - A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. (BRASIL, 1994)

No entanto a lei reconhecia como união estável, apenas a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando de fora os separados de fato. Com relação à participação dos companheiros na herança o mesmo diploma legal diz:

Art. 2º - As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

- I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;
- II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
- III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.(BRASIL, 1994)

A lei também fixou outras condições como descrito no artigo acima, assegurou ao companheiro sobrevivente o uso fruto sobre partes dos bens deixados pelos de cujus. No caso de não haver ascendentes ou descendentes o herdeiro terá direito a totalidade da herança. Desse modo, dispôs sobre dois direitos adquiridos pelos companheiros, o direito de postular alimentos e o direito a herança no caso de morte de um dos companheiros(as).

Logo após, foi publicada a Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996, conhecida como Lei dos conviventes que prevê o direito de partilhar os bens adquiridos de forma onerosa durante a união dos conviventes, bem como o direito real de habitação concedido em caso de dissolução da união por morte, relativo ao imóvel destinado à residência da família, enquanto o sobrevivente viver ou não constituir nova união ou casamento.

Artigo. 5.º - Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1.º - Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

Artigo. 7º- Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Porém restou tacitamente revogadas as leis n 8.971/94 e 9.278/96 em face da matéria ter sido incluída no código civil 2002. Conforme veremos a seguir.

2.2.1 A união estável no Código Civil de 2002.

O Código Civil incluiu a união estável no ultimo capítulo do livro do direito de família, distribuído em cinco artigos (1.723 a 1.727). Limitando-se a elencar no artigo. 1.723 o conceito de união estável:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Conforme exposto anteriormente, o Código Civil de 2002 não inovou ao tratar da união estável em. Pois este instituto jurídico já era reconhecido pela própria Constituição (art. 226, § 3º), pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96 e, quase pacífico na jurisprudência essa possibilidade, como se vê, por exemplo, na súmula 380 do STF nos seguintes termos que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

O que define a união estável, nos dias atuais, são aspectos subjetivos como convivência pública, não devendo ser levado ao extremo, pois o que a lei quer é notoriedade. Que seja contínua e duradoura, ou seja, prolongada no tempo, com durabilidade e estabelecida com o objetivo de constituir família, permitindo-se, até mesmo a união estável entre pessoas com estado civil de casada, desde que separadas de fato.

A equiparação que se faz entre a união estável e o casamento são tantas que chama atenção o fato de inexistir um paralelo entre os direitos assegurados e os deveres impostos a cada entidade. Aos companheiros são estabelecidos deveres de lealdade, respeito e assistência. De acordo com o artigo 1.724 do código civil: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”. Enquanto no casamento, são impostos os deveres de fidelidade recíprocos. Conforme preleciona o artigo 1.566 do Código Civil:

Art. 1566 São deveres de ambos os cônjuges:

I – fidelidade recíproca;

II-vida em comum, no domicílio conjugal;

III- mútua assistência

IV-sustento, guarda e educação dos filhos. (BRASIL, 2002)

Até mesmo os impedidos do casamento, estão impedidos de ter reconhecida a sua união estável. Os impedimentos matrimoniais são condições que, proíbem o casamento ou um novo casamento. Portanto, quando se fala em impedimentos matrimoniais esta se atentando a fatos ou situações que afetam os contraentes ao lado dos elementos essenciais ou intrínsecos, quais sejam a diferença de sexos, o consentimento e a manifestação de vontade. Assim dispõe o artigo 1.521:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.(BRASIL, 2002).

A única ressalva que se faz diz respeito ao impedimento do inciso VI do art. 1.521, segundo o qual estão impedidos de casar (e de ter reconhecida a união estável) as pessoas casadas. Neste caso, uma vez provada a separação de fato ou judicial do convivente, cessa o impedimento. Igualmente, a capacidade civil, que se exige para o casamento, também é requisito essencial à existência de união estável. Pessoas incapazes, assim como em regra não podem casar, também não podem manter união estável.

Existe uma proteção jurídica instituída na união estável, sobre os direitos pessoais e patrimoniais, em especial, com os alimentos, meação e herança. O direito a alimentos, por exemplo, está assegurado nos termos do artigo 1.694 do Código Civil:

Artigo. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (BRASIL, 2002)

Tanto os companheiros, quanto os cônjuges têm direito de pedir uns aos outros os alimentos que necessitem. O dever de prestar alimentos está relacionado diretamente com a sobrevivência do alimentando, passível no ordenamento pátrio (art.5º, LXVII/CF). O direito a recebimento de alimentos, após a dissolução da união estável, advém da necessidade do querelante e da possibilidade de cessão do antigo companheiro, cessando em casos do credor adquirir nova união ou casamento ou se este tiver procedimento indigno em relação ao devedor. De acordo com o artigo art.1.708, parágrafo único do Código Civil:

Artigo 1.708. Com o casamento a união estável ou concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor. (BRASIL, 2002)

Em casos de culpa na separação e indignidade perante o companheiro, o causador da intriga não terá direito a assistência daquele, mesmo que em situações de grandes necessidades. Assim como nas demais relações regulamentadas pelo Código Civil, na união estável também há possibilidade de pagamento em desconto em folha ou mesmo a possibilidade de fixação de alimentos provisionais, ante a demonstração de uma prova pré-constituída.

Para Maria Berenice Dias "Como a união estável se constitui por ato informal, o companheiro que necessite de pensão pode valer-se da ação de alimentos (L 5.478/1968) se dispuser de prova pré-constituída da relação ou de indícios que levem ao reconhecimento de sua existência".

Com relação ao direito à meação, esculpido no art. 1.725 do código civil, que adota o regime da comunhão parcial de bens como o legalmente estipulado Em tese: os bens

adquiridos a título oneroso na constância da união são pertencentes a ambos os companheiros, havendo de ser partilhados em observância aos regramentos regentes do regime parcial. Cada parceiro administrará livremente seus bens particulares, enquanto a administração do patrimônio em comum restará cabível a qualquer dos conviventes. Conforme nos ensina Maria Berenice Dias (2006 p. 155) “[...] quem vive em união estável e adquire um bem, ainda que em nome próprio, não é seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a co-titularidade do outro”.

Assim como no casamento, na união estável, busca-se a totalidade dos bens adquiridos, os quais formam o patrimônio comum do casal, havendo necessidade de autorização em casos de alienação, vez que tal ato poderá prejudicar a esfera patrimonial do casal. Como a instituição de uma união decorre, por vezes, de uma situação fática, não sendo objeto de registro, inexistente um ato que dê a devida publicidade a esta convivência e que faça a necessidade de anuência do companheiro para fins de alienação de um dado imóvel, quando atua um terceiro de boa-fé. Assim deve ser invocada a teoria da aparência nestes casos, sendo cabível ao pleiteante prejudicado justa indenização.

Outra conclusão que se perfaz quanto à necessidade ou não da imposição do regime de separação de bens para os companheiros em dadas situações pessoais, analogicamente ao casamento (art. 1.641/CC). Sobre isso consagra Caio Mário da Silva Pereira (1976. p. 547), para o qual a aceitação dessa possibilidade de não obrigatoriedade, isto é, de previsibilidade de opção do regime de comunhão parcial mediante prévio contrato, significaria estar-se: “[...] mais uma vez, prestigiando a união estável em detrimento do casamento, o que não parece ser o objetivo do legislador constitucional, ao incentivar a conversão da união estável em casamento. No nosso entender, deve-se aplicar aos companheiros maiores de 60 anos as mesmas limitações previstas para o casamento para os maiores desta idade: deve prevalecer o regime de separação legal de bens. A omissão do legislador na hipótese dos companheiros idosos criou flagrante conflito de interpretação”.

Há diferenças que faz a união estável ser mais vantajosa que o casamento, ao menos quando um ou ambos tem mais de 60 anos. Para quem casa depois dessa idade, o casamento não gera efeitos patrimoniais. É o que diz o artigo 1.641 II do Código Civil, que impõe o regime de separação obrigatória de bens, dessa forma “É obrigatório o regime de separação no casamento, da pessoa maior de sessenta anos”, no entanto, essa limitação não ocorre na união estável, não cabendo interpretação analógica para restringir direitos.

2.3 Implicações da União Estável no Direito Sucessório.

O Novo Código Civil, no que refere a união estável preceitua em seu artigo 1.790 do Código Civil que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, mas sem receber o mesmo tratamento do cônjuge sobrevivente, que tem maior participação na herança e foi incluído no rol dos herdeiros necessários, ao lado dos descendentes e ascendentes.

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, 2002)

O artigo restringe o direito dos companheiros aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. O patrimônio hereditário do autor da herança será inventariado após exclusão da parte devida ao companheiro, a título de meação. Com isto, a parte meeira somente é devida ao membro sobrevivente da relação estável, nela não se inclui qualquer outro herdeiro do *de cuius*.

Após a meação do companheiro sobrevivente, ocorrerá a divisão prevista no art. 1.790 do Código Civil, incluindo-se os filhos, comuns ou não, e os demais parentes sucessíveis na ordem hereditária. Neste ponto temos a diferença adota pela Lei ao instituto do matrimônio, visto que, na divisão de bens a ser divididos, a sucessão legítima do companheiro se dá de forma mais desvantajosa do que a reservada ao cônjuge sobrevivente. Pois o companheiro já tem direito de meação sobre os bens do regime parcial previsto no artigo 1.725 Código Civil onde “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. (BRASIL, 2002)

Por isso o companheiro também deveria beneficiar-se sobre os bens particulares do *de cuius*, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente. Sendo assim se o falecido não tiver adquirido nada durante a união estável, ainda que tenha patrimônio anterior a união, o companheiro sobrevivente não herdará nada.

A ordem sucessória descrita no artigo acima ocasiona diversas situações, tais como: No inciso I o companheiro que possui filhos em comum com o autor da herança. Tem direito de suceder uma quota equivalente a que foi atribuída ao filho em relação aos bens que foram adquiridos onerosamente pelo falecido. Terá ele assim, direito a uma quota equivalente á do filho comum, nos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

O inciso II garante aos descendentes, quinhão correspondente ao dobro do que for atribuído á companheira quando forem todos descendentes exclusivos ao de cujus.

No inciso III o *de cujus* sem descendentes, mas possuem ascendentes ou colaterais até o quarto grau. O companheiro sobrevivente possui direito a receber 1/3 do que foi adquirido onerosamente pelo autor da herança. Para Eduardo Leite de Oliveira Leite (2003 p. 63):

Agiria melhor o legislador, todavia, se atribuisse ao companheiro sobrevivente a metade do patrimônio ao falecido, e não apenas um terço, considerando-se o fato de ter sido adotado, como regra, o regime parcial de bens, bem como a circunstância de ter ele vivido toda uma existência ao lado do de cujus, enquanto os outros parentes sucessíveis em nada contribuíram na formação do aludido patrimônio.

Por fim no inciso IV não havendo qualquer parente sucessível. O supérstite companheiro terá direito à totalidade da herança. Em relação aos bens adquiridos a título gratuito pelo companheiro falecido e, no caso de haver ausência de parentes sucessíveis para a aquisição dos bens, não a solução expressa na legislação. O artigo 1844 do Código Civil manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o de cujus não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível, sendo assim:

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal. (BRASIL, 2002)

Contudo, se o falecido possuía bens através de herança e a título de doação, estes não poderá integrar a herança devida ao companheiro sobrevivente. Porém Nelson Nery Júnior (2002. P 15) em sua obra dispõe: “Não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não deixar parentes sucessíveis”.

O Tribunal gaúcho vem adotando aplicação do inciso IV do art. 1.790 CC/02 estabelecendo ao companheiro supérstite a totalidade da herança.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do Novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Negaram provimento.” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70009524612, Rel. Des. Rui Portanova, acórdão de 18.11.2004)¹¹

Conforme a restrição do caput do artigo 1.790 (...), o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo de cujus, mas, apenas, o que foi adquirido na constância da união estável, portanto não de ser considerada, a possibilidade sucessória igualitária do companheiro sobrevivente numa relação de união estável, vez que possui direitos patrimoniais perfeitamente descritos na vasta legislação esculpida no Código Civil.

Silvio Venosa (2002 p. 119) entende que há um retrocesso nos direitos hereditários dos companheiros no atual código civil, uma vez que não havendo herdeiros descendentes e ascendentes, o companheiro supérstite recolheria toda herança. Assinala o autor:

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70009524612, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 18.11.2004. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=%2C+Agravo+de+Instrumento+n%BA+70009524612&tb=jurisnova&pesq=e mentario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anul l%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AOitava%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25A Dvel.Relator%3ARui%2520Portanova&as_q=> . Acesso em 01.11.2005. Acesso em: 12 de novembro de 2012.

No sistema implantado pelo art. 1790 do novo Código, havendo colaterais sucessíveis, o convivente apenas terá direito á totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis. Isso quer dizer que concorrerá na herança, por exemplo, com o vulgarmente denominado tio-avô ou com o primo de seu companheiro falecido, o que digamos, com o primo irmão de seu companheiro falecido, o que digamos, não é posição que denote um alcance social sociológico e jurídico digno de econômico.

Deste modo o direito do companheiro torna-se discriminatório em comparação aos cônjuges, já que a constituição recomenda proteção jurídica à união estável.

CAPITULO III - OUTORGA UXÓRIA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PÁTRIO.

3.1. Possibilidade de extensão da outorga à união estável.

Outorga uxória é o ato de consentir, dar, atribuir, transmitir, conceder, autorizar a outra pessoa a praticar atos em seu nome. A lei exige que a pessoa casada tenha o consentimento do outro cônjuge, seja o marido ou a esposa, para realizar certos atos considerados lesivos ao patrimônio do casal.

Para alguns doutrinadores existe uma diferença entre outorga uxória e outorga marital, sendo que o primeiro termo se trataria da autorização dada pela mulher e o segundo termo seria à autorização dada apenas pelo homem.

Porém, com a Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, essa distinção se enfraqueceu, haja vista que os cônjuges, tanto o homem quanto a mulher, possuem igualdade de direitos e obrigações, inclusive quanto à capacidade de dispor dos bens que pertencem ao patrimônio comum. Assim dispõe o artigo 226 §5º da Constituição Federal onde “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Deste modo, essa diferença entre outorga uxória e outorga marital está em desuso, embora ainda existam alguns posicionamentos contrários.

Portanto, a outorga uxória tem por objetivo proteger o patrimônio comum do casal contra atos que possam dilapidar o patrimônio de uma família. Sendo necessária a participação de um dos cônjuges para finalizar um dado negócio. Como relata o artigo 1.647 do Código Civil:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

- I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
- II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
- III - prestar fiança ou aval; (BRASIL, 2002)

A intenção do legislador ao criar esta norma, foi estabelecer uma relação de equilíbrio do padrão de vida do casal não admitindo que, inesperadamente, qualquer dos cônjuges possa mudar radicalmente a situação econômico-financeira do casal. A falta dessa autorização pode repercutir na validade do ato praticado pelo outro cônjuge.

Já o artigo 1.649 do Código Civil dispõe sobre os efeitos da ausência da outorga, que prevê “a falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até 2 (dois) anos depois de terminada a sociedade conjugal”. Se tal permissão for negada sem motivo justo ou ainda seja impossível concedê-la por um deles, a norma contida no art. 1648, CC autoriza ao magistrado o suprimimento dessa manifestação.

Essa exigência é de tamanha magnitude, pois em sua falta, o ato praticado é passível de anulação. Embora não exista lei expressa que exija o consentimento do companheiro para atos de disposição patrimonial, a outorga uxória é imposta a todos os regimes de bens, exceto o de separação absoluta.

A doutrinadora Maria Berenice Dias (2010, p 177) nesse sentido, assevera que:

A lei estabelece a necessidade de outorga uxória entre os cônjuges para a prática de atos que possam comprometer o patrimônio comum (CC 1.647). Na união estável, nada é referido. Em face da omissão do legislador, em princípio, não se poderia exigir o consentimento do companheiro para a alienação do patrimônio imobiliário, a concessão de fiança ou aval e a realização de doações. Todavia, como a limitação é imposta pela lei a todo e qualquer regime de bens (exceto ao regime de separação absoluta), não há como afastar a mesma exigência em sede de união estável em que vigora o regime da comunhão parcial.

A autora dispensa a anuência do cônjuge, nos casos em que o regime de bens adotados, esboça de forma particularizada, o acervo patrimonial de cada consorte, não havendo comunicação entre eles.

Com relação à união estável, a Constituição Federal de 1988 não esclarece sobre os compromissos recíprocos, como faz com o casamento. O que há, é apenas uma proteção patrimonial, no sentido de não desamparar aqueles que não optaram pelo matrimônio. Contudo a Constituição Federal e o Código Civil equiparou a união estável ao casamento, especificamente quanto aos direitos sucessórios. E a partir do reconhecimento da união estável como entidade familiar, as mesmas regras protetivas do casamento deverão lhes ser estendidas para salvaguardar o patrimônio do casal e os interesses do terceiros de boa-fé.

Carlos Roberto Gonçalves (2010 p 556) afirma que “sendo a união estável regida pela comunhão parcial de bens, há de ser observado o disposto no art. 1647, I, do Código Civil, que trata da aludida autorização.”.

Como já é pacífico na doutrina, em caso de silêncio dos companheiros, o regime de comunhão parcial de bens é aplicável à união estável. Deste modo verifica-se a necessidade de outorga uxória para que um dos companheiros pratique atos que importem alienação dos bens do casal.

Assim esse consentimento irá conferir validade ao ato de transferência do bem, evitando conflitos futuros entre os cônjuges, que muitas vezes se tornam vítimas de fraudes praticadas na evasão de bens comuns que desaparecem no cômputo final da partilha conjugal.

No entanto discute-se o sentido da expressão contida no art. 1.725, no que se refere a expressão “no que couber”, atingindo a obrigatoriedade da outorga uxória, prevista no art. 1.647 do Código Civil.

Cristiano Chaves (2011 p.439) interpreta o artigo 1.725 do Código Civil que dispõe sobre os efeitos patrimoniais da união estável, da seguinte forma: "a compreensão fundamental da união estável deve, imperiosamente, emanar da legalidade constitucional, em conformidade com as latitudes do comando 226, §3º, da *Lex Fundamentallis*¹²".

Portanto, os dispositivos da união estável devem estar em consonância com a igualdade imposta pela constituição em seu artigo 226 § 3º. Ocorrendo tratamento diferenciado, devem tais omissões, incorrer em conduta discriminatória e inconstitucional por violar a dignidade daqueles que não optaram pelas formalidades do casamento.

Apesar de todo o exposto, persiste a dúvida sobre a sanção imposta no artigo 1.649 do Código Civil, em relação a união estável, pois a mera omissão de convivência do alienante, estando de boa fé o adquirente, convalida o ato de disposição do bem imóvel.

Segundo Cristiano Chaves (2011 p 429), “ainda que ocorra alienação sem a autorização do companheiro, o direito do terceiro que adquire de boa fé está protegido, não sendo possível a anulação do negócio jurídico - só será cogitado o acionamento do terceiro adquirente se tiver ele conhecimento de que o alienante vive em união estável.”.

Assim se o terceiro de boa fé ignorar a existência de união estável, o negócio jurídico não terá validade. Porém, se ele reconhecer a união deverá exigir a anuência de ambos para que seja garantida a validade do negócio.

Washington de Barros Monteiro (2004 p48) afirma que em sendo cabíveis à união estável as regras alusivas à administração de bens, destaca-se a proibição de alienar bem imóvel sem o consentimento do consorte (salvo se a escolha recair no regime de separação absoluta de bens), sob pena de anulação do ato praticado, à luz do que estabelece o art. 1.649

¹² Expressão que significa leis fundamentais.

do Código Civil de 2002. Neste sentido o artigo 1.650 do Código Civil aduz que “a decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros”.

Nesta feita, o conteúdo do art. 1650 do Código Civil determina que a anulação somente poderá ser pleiteada pelo companheiro lesado ou pelos seus herdeiros, Não podendo ser requerida por terceiros.

3.2 Necessidade de Outorga para renunciar herança na união estável.

Após o estudo feito nos capítulos anteriores é de suma importância, os reflexos patrimoniais que a aceitação de uma dada herança pode causar, juntamente com o princípio da saisine, que possibilita aos herdeiros o acesso ao patrimônio, imediatamente após o óbito, não havendo interrupção na titularidade dos bens. E a descrição do artigo 1.784 do Código Civil que destaca quando: “aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Com estes pressupostos, após a morte do autor da herança o herdeiro automaticamente obtém um acréscimo em seu acervo patrimonial, obtendo o domínio e a posse dos bens, que somente poderá ser excluído através de renúncia, que dependendo do tipo de renúncia escolhida, poderá causar uma interferência no acervo patrimonial de seu companheiro.

Paulo Nader (2009, p. 389) “a outorga é necessária inclusive nas alienações de bens particulares, porque dizem respeito ao interesse familiar”. Havendo, portanto a necessidade de anuência de seu cônjuge, ante a possibilidade haver uma redução de seu patrimônio, e sob a ótica do pacto antenupcial adotado pelo casal.

Contudo ha um ponto que ainda causa muita discussão sobre este tema, é o fato do art. 80, inc. II do CC, dizer que o direito á sucessão aberta, para efeitos legais, é considerado bem imóvel. Mesmo que a herança seja composta de bens móveis.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Assim aberta á sucessão, o cônjuge para dispor de algum bem, será necessário a anuência do seu companheiro, por se tratar de bem imóvel. . Exceto se o regime for o de separação absoluta. Como a necessidade de outorga uxória, não é um entendimento pacífico, deve-se observar qual o regime de bens adotado pelo casal, para que o ato tenha validade. Com base nos artigos abaixo:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. (BRASIL, 2002)

Art. 1.656. No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares. (BRASIL, 2002)

Portanto para renunciar a herança, será necessária a anuência, dado que a mesma é um bem imóvel e sua renuncia acarreta em uma forma de alienação, que em sentido amplo, alcança toda forma de transferência de bens imóveis, como a venda, a doação, a permuta, a dação em pagamento entre outros. Havendo a necessidade da outorga, para qualquer instituição de ônus real sobre imóvel, como a hipoteca, o usufruto, o uso, a habitação etc.

Em relação à renúncia, está tem um papel fundamental. Pois caso esta seja abdicativa, ocorrerá o que está descrito no parágrafo único do artigo 1.804 do Código Civil, dessa forma uma vez “aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão”.

Isto é, não será necessária a outorga uxória, independentemente de qual seja o regime de bens adotado pelo casal. Já que não ocorrerá a transmissão da herança. Pois o sucessor abre mão de seu direito de herdar e, a destinação do seu quinhão hereditário fica a critério da legislação. Assim não havendo herança, não há que se falar em alienação.

Caso a renuncia seja translativa ocorrerá a transmissão da herança, acrescentando o patrimônio do herdeiro. Neste caso o regime de bens é que vai determinar a necessidade da autorização. Se for o de separação de bens ou de participação final nos aquestos não será necessária a outorga uxória. Pois não ocorre comunicabilidade de patrimônio, não haverá prejuízo econômico. Existe uma distinção entre os patrimônios. Nos demais regimes a

autorização é de suma importância para se repudiar a herança. De forma que o acervo posteriormente irá integrar o patrimônio do cônjuge herdeiro.

Caso a outorga não seja concedida, o negócio jurídico será ineficaz. Nos casos em que a outorga é imprescindível, sua falta vicia o ato.

Deste modo, deverá o cônjuge pleitear a anulação até dois anos após o término da sociedade conjugal. Podendo a recusa injustificada da outorga ou a impossibilidade do cônjuge em concedê-la ser suprida judicialmente:

Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado. (BRASIL, 2002)

Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros. (BRASIL, 2002)

Caberá ao juiz, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la. O judiciário irá examinar as situações que caracterizam ou não o justo motivo para a denegação.

3.3. Análise Jurisprudencial.

Neste sentido, segue julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RENÚNCIA À HERANÇA NECESSIDADE DE FORMALIZAR-SE POR ESCRITURA PÚBLICA OU TERMO NOS AUTOS (CC, ART. 1.806) TRATANDO-SE DE ATO DO HERDEIRO, NÃO DO ADVOGADO, DEVE AQUELE, NÃO ESTE ÚLTIMO, SER INTIMADO POR OFICIAL DE JUSTIÇA A COMPARECER EM CARTÓRIO E SUBSCREVER O RESPECTIVO TERMO JUDICIAL COMO O DIREITO À SUCESSÃO ABERTA É BEM IMÓVEL POR EQUIPARAÇÃO E A RENÚNCIA À HERANÇA É ATO DE DISPOSIÇÃO PATRIMONIAL, IMPÕE-SE TAMBÉM A OUTORGAUXÓRIA (CC , ART. 1.647 , INCISO I) AGRAVO RETIDO PROVIDO, PARA ANULAR A R. SENTENÇA E

DETERMINAR A INTIMAÇÃO DOS RENUNCIANTES POR OFICIAL DE JUSTIÇA. (TJSP - Apelação APL 1005443420078260007 SP 0100544-34.2007.¹³)

Trata-se de arrolamentos de bens deixados pela de cujus, deixando apenas direitos de compromissária compradora de um imóvel e irmãos vivos. Um dos seus irmãos, ora apelante, requereu a abertura do processo de arrolamento indicando como herdeiros ele próprio e seus irmãos, que renunciaram às suas quotas-partes e são casados, portanto se fazem necessárias as respectivas outorgas uxórias.

E isso porque a sucessão aberta é bem imóvel por equiparação (CC, art. 80, inciso II) e a renúncia é ato de disposição patrimonial e, como tal, exige a anuência do outro cônjuge (CC art. 1.647, inciso I). Daí o motivo do provimento ao agravo retido, para anular a sentença e determinar a intimação dos subscritores, e respectivos cônjuges, a comparecerem em Cartório e subscreverem os respectivos termos judiciais de renúncia à herança, prosseguindo o feito nos seus ulteriores termos.

¹³ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22301948/apelacao-apl-1005443420078260007-sp-0100544-3420078260007-tjsp>. Acesso em: 12 de novembro de 2012.

CONCLUSÃO

Com o estudo realizado neste trabalho, percebe-se a importância do regime de bens adotado pelos cônjuges. Para que um deles possa renunciar a herança em sua modalidade translativa.

Esta importância concedida ao regime de bens e ao tipo de renúncia a ser realizada, deve-se ao fato de ocorrer na renúncia translativa um fato de alienação de bem imóvel, de forma que, se os cônjuges forem casados sob o regime parcial de bens, será necessário haver uma anuência do cônjuge não herdeiro, sobre a transmissão da herança, sob pena de estar sendo negado direito peculiar, uma vez que, no momento da morte do de cujus, há uma incorporação em seu patrimônio, por via reflexa, sobrevivendo do patrimônio do seu cônjuge, e em decorrência do princípio da saisine, de maneira que a transmissão da herança aos herdeiros é automática, com a morte do autor. Bem como as conseqüentes sanções previstas em caso de violação desse dispositivo.

Deste modo verificou-se a importância do regime de bens adotados pelo cônjuge, com base em jurisprudências e dispositivos legislativos, para os efeitos jurídicos decorrentes da renúncia realizada pelo cônjuge herdeiro.

Em relação à necessidade da outorga uxória nos casos de união estável, deve ser levado em consideração, a ampliação dos direitos dos companheiros no campo patrimonial, os preceitos que disciplinam o regime da comunhão parcial de bens, incluindo a necessidade do consentimento do companheiro para os atos que importem venda de bens imóveis comuns. Pois ao equiparar a união estável ao casamento, vedou-se qualquer espécie de discriminação protetiva entre essas entidades familiares.

Com todo o exposto apresentado, buscou-se demonstrar, a necessidade de outorga uxória para haver a renúncia do cônjuge herdeiro na união estável, apesar de existirem opiniões contrárias.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. **Família e Sucessões**. Vol.5. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (coord.). **Código Civil comentado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Direito das Sucessões**. Vol. 6. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; Rosendal, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris Editora, 2011.

FIUZA, César. Direito Civil. Curso Completo. 14ª ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil brasileiro. Direito das Sucessões**, volume 7, São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. Direito Civil. **Sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume VI. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 7. 4. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. Coord. de Sálvio de Figueredo Teixeira. Vol.XXI. 3 .ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO Ana Cristina de Barros Monteiro França . Curso de Direito Civil. **Direito das Sucessões**. Vol.6. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Instituições de Direito Civil. Direito das sucessões Vol. 6 Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. **Direito de Família**. Vol. 5. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

NELSON, Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. **Direito das Sucessões**. Vol. 6 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 15. ed. atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável, de acordo com o Novo Código Civil**. 6ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. Vol.7 26ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. V. VII. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. Vol.7. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnold. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. Vol. 6. 14ª ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009