

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AMANDA KAROLINE DE SOUSA CLEMENTE

**A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

CURITIBA

2017

AMANDA KAROLINE DE SOUSA CLEMENTE

**A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL E A DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE
DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marília Pedroso Xavier

CURITIBA
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

AMANDA KAROLINE DE SOUSA CLEMENTE

A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito No Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marília Pedroso Xavier, Núcleo de Prática Jurídica, da Universidade Federal do Paraná.

Prof. Dr. William Soares Pugliese, Departamento de Direito Público, da Universidade Federal do Paraná.

Prof.^a Msc. Fernanda Lissa Fujiwara, da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Curitiba, 27 de novembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Cláudia e Carlo, pelo esforço empregado durante esses 22 anos para que eu pudesse, hoje, apresentar uma monografia no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Agradeço à Ana Júlia e Maria Eduarda, por formarem comigo uma tríade de companheirismo inabalável.

Agradeço às amigas maravilhosas que a Faculdade me concedeu, Ana Luiza e Giovana, e em especial, à Gabriela e Fernanda, por sempre abrirem as portas que eu insisto em fechar.

Agradeço à professora Ana Carla Harmatiuk Matos, por ter plantado em mim, já no longínquo primeiro ano, o interesse pelo Direito das Famílias.

Ao professor Eroulths Cortiano Junior, pela importância dada ao estudo do Direito das Sucessões, matéria muitas vezes renegada pelos cursos de Direito e, de certa forma, pela ideia central deste trabalho. Ademais, pelos exemplos “chinfrins” que fizeram toda a diferença.

Agradeço à professora Marília Pedroso Xavier, por estender-me a mão há dois meses do fim prazo de entrega da monografia, pelo “tamo junto” e pelos apontamentos precisos.

Finalmente, agradeço à utopia, aquela que está no horizonte, a dois passos à frente, me fazendo caminhar dois passos para alcançá-la, para, novamente, afastar-se, correndo mais dez passos, para cumprir sua missão: não me deixar parar de caminhar.

RESUMO

A união estável, por muito tempo denominada “concubinato puro”, percorreu um longo caminho cercado de estigmas sociais e preconceitos, até o seu reconhecimento constitucional em 1.988, fato que a qualificou como entidade familiar junto ao casamento, modalidade dominante e legítima até então. Após o reconhecimento na Carta Maior, a demanda por direitos seguiu constante, exigindo-se a regulamentação por intermédio das leis ordinárias. Neste sentido, o principal clamor era pela definição dos direitos sucessórios dos (as) conviventes. Assim, o presente trabalho busca detalhar esse caminho, abordando, para além da história da união estável, os diversos regimes sucessórios aos quais esta foi submetida ao longo do tempo – do Código Civil de 1.916 ao Código Civil de 2.002.

Palavras-chave: União estável. Sucessão dos (as) companheiros (as). Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02.

ABSTRACT

The common-law marriage, for a long time called “pure concubinage”, crossed a long path full of social stigmas and prejudices, until its constitutional recognition in 1.988, fact that qualified it as a Family entity just like the marriage, the dominant and legitimate modality so far. After the recognition on the Magna Carta, the demand for rights remained stable, requiring the regulation by ordinary laws. In this sense, the main public outcry was for the definition of the inheritance law of the unmarried couples. Thus, this monograph aims to detail this path, approaching, beyond the history of the Brazilian common-law marriage, the many succession regimes that it has been submitted through the time – to the Civil Code of 1.916 to the Civil Code of 2.002.

Key-words: Common-law marriage. Inheritance of the unmarried couple. Unconstitutionality of the article 1.790 of the Civil Code of 2.002.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2. A HISTÓRIA DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL	9
2.1. O paradigma do Código de 1.916 – família como fruto exclusivo do matrimônio ...	10
2.2. Considerações sobre o concubinato	11
2.3. Das legislações pioneiras na garantia de direitos às uniões extramatrimoniais.....	12
2.4. As estratégias jurisprudenciais para amenizar as injustiças causadas pela omissão legal.....	14
2.5. A Constituição Federal de 1.988 e o reconhecimento paulatino da união estável como entidade familiar.....	18
2.6. A união estável no ordenamento infraconstitucional posterior à Constituição de 1.988	22
2.7. A promulgação do Código Civil de 2.002 – o fim da equiparação entre o regime sucessório de cônjuges e companheiros	27
3. O REGIME SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL DE 2.002 – IMPROPRIEDADE TÉCNICA E DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS	35
3.1. Breve revisão dos conceitos básicos do Direito das sucessões	35
3.1.1. Espécies de sucessão	36
3.1.2. Espécies de sucessores	37
3.2. A sucessão decorrente da união estável	39
3.2.1. Sucessão do (a) companheiro (a) na legislação anterior.....	39
3.2.2. Sucessão do companheiro na legislação atual	40
3.3. O direito real de habitação na união estável – instituto revogado ou vigente?	45
3.4. Uma análise comparativa entre os regimes sucessórios do (a) cônjuge e do (a) companheiro (a).....	48
3.5. Exame civil-constitucional do regime sucessório da união estável.....	53
4. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – UM ESTUDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.964.....	57
4.1. Breve síntese fática e tramitação do Recurso Extraordinário nº 878.694	57
4.2. As posições dos amici curiae e a decisão do Supremo Tribunal Federal	60
4.2.1. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.....	61
4.2.2. ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões.....	62
4.2.3. Trâmite no Supremo Tribunal Federal	64
4.2.4. Voto do Relator Luís Roberto Barroso.....	65
4.2.5. O voto vencido do Ministro Dias Toffoli.....	69
4.3. Análise crítica do art. 1.829 e questões controvertidas remanescentes	73
4.3.1. Sucessão decorrente do casamento	73
4.3.2. Algumas questões controvertidas remanescentes	78
5. CONCLUSÃO	81
6. BIBLIOGRAFIA	83

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é observar a estrada percorrida pelo instituto da união estável para ser reconhecida como entidade familiar e, a partir daí, reclamar pela concessão de direitos sucessórios tão protetivos quanto os dos (as) cônjuges, afinal, tratam-se de entidades familiares com a mesma essência e formadas para servir ao desenvolvimento pessoal do indivíduo.

Pretende-se demonstrar, no primeiro capítulo, como as “uniões livres” sempre existiram, apesar do desincentivo estatal. Independente de, *a priori*, estarem à margem do sistema jurídico, após a morte de um (a) de seus (suas) componentes, os efeitos de tal fato social clamavam pela intervenção do direito, para a parte sobrevivente seguisse sua vida com dignidade ou sucedesse, no que lhe coubesse, as relações jurídicas do *de cuius*. Para tanto, foram analisados os regimes sucessórios da união estável ao longo dos anos, quais sejam, o do Código Civil de 1.916, das Leis nº 8.971/1.994 e 9.278/1.996 e, finalmente, do Código Civil de 2.002 – em seus artigos 1.790 e 1.829.

Posteriormente, é apresentada, no segundo capítulo, a estrutura, disposições e polêmicas do ora inconstitucional artigo 1.790 do Código Civil de 2.002, que regulamentava a sucessão dos (as) companheiros (as) a duras penas, constituindo este dispositivo o mais criticado de todo o Código Civil, segundo alguns autores que serão vistos adiante.

Em seguida, no terceiro e último capítulo, se tratará exclusivamente da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 878.964, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 da legislação civil, com a fixação de tese de repercussão geral.

Finalmente, questiona-se, ante a novidade que esta decisão representa no ordenamento jurídico brasileiro, se teria sido o julgamento da Suprema Corte a mais acertada, contrapondo-a com a opinião contrastante de alguns autores, admitindo-se que apenas o tempo será capaz de dizer, com mais clareza, as consequências jurídicas e sociais da declaração de inconstitucionalidade, ante os contornos que serão dados pela doutrina e jurisprudência.

2. A HISTÓRIA DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL

Os vínculos afetivos externos ao casamento sempre existiram, com permissão ou não do legislador. Além disso, o concubinato jamais foi tipificado como crime, a exemplo da bigamia – os textos legais não o regulavam, mas também não o proibiam.¹

As ciências que investigam a família ou as relações familiares têm identificado uma tendência de expansão do que se considera entidade familiar. As estatísticas anuais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) confirmam esta conclusão, demonstrando como os perfis das famílias brasileiras distinguem-se dos modelos legais.²

Historicamente, as estatísticas indicavam uma redução dos matrimônios e um aumento expressivo das uniões informais, fatos que impossibilitaram a continuação da omissão constitucional e legislativa como um todo.³

A construção das diretrizes para um “Direito concubinário” no Brasil são recentíssimas, a despeito de as uniões livres serem um fenômeno bastante antigo. Os civilistas excluíaam o tema de seus estudos por considerá-lo ora irrelevante, ora imoral ou ilegítimo.

É de se ressaltar, todavia, a inegável importância das contribuições do Supremo Tribunal Federal, por meio das Súmulas 380 e 382, as quais auxiliaram ao desenvolvimento de diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito das hoje denominadas uniões estáveis.⁴

Formular tais posições e elevar o *status familiae* dos concubinatos foi fruto de muito esforço doutrinário e jurisprudencial, não sendo poucos os autores que defendiam um maior afastamento entre união estável e casamento, como Yussef Said Cahali, o qual afirmava, apesar das disposições constitucionais, que a união estável ainda era concubinato ou sociedade de fato, capaz somente de produzir os efeitos já consagrados pela jurisprudência pré-constitucional.⁵

Tamanha era a resistência em atribuir caráter familiar à união estável, que os litígios delas provenientes eram processados nas varas cíveis e não nas de família. O primeiro a questionar esta prática foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que

¹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 39.

²LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

³MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1150.

⁴PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 40.

⁵MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1151.

em 1.991 editou a Súmula n. 14, para fixar a competência das ações decorrentes da união estável nas varas de família.⁶

O período de seis anos contido entre a promulgação da Constituição Federal de 1.988 e a edição da Lei nº 8.971, de 1994, a primeira a regular a união estável, foi marcado pela incerteza acerca do regime desta entidade familiar. Assim, seus contornos passaram a ser definidos pela doutrina e jurisprudência nacionais.⁷

Demonstra o estudo cronológico da união estável que gradativamente o concubinato conquistou a condição de entidade familiar, dispensando-se as soluções de cunho patrimonial e obrigacional então adotadas nos Tribunais, para a incorporação da lógica do Direito das famílias ao instituto.⁸

2.1. O paradigma do Código de 1.916 – família como fruto exclusivo do matrimônio

O Código Civil anterior absteve-se de regulamentar o concubinato, sem proibí-lo, referindo-se a ele com o intuito de defender o casamento e o patrimônio da família. Por exemplo, o artigo 248, IV, possibilitava a mulher casada, por si mesma, reivindicar bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos por seu marido à concubina.⁹ O casamento, por sua vez, era indissolúvel por força do artigo 175, §1º da Constituição Federal de 1.967, nos termos da Emenda Constitucional nº 1/69¹⁰, e as tentativas de instituir o divórcio eram rechaçadas pela Igreja Católica, de forte influência à época.¹¹

Esta, contudo, não pode evitar a aprovação da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que alterou o referido parágrafo primeiro e instituiu o divórcio,

⁶MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1151. Súmula disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/>. Acesso em 17/09/2017.

⁷MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1152.

⁸Idem, p. 1152.

⁹Art. 248. *Independentemente de autorização, pode a mulher casada: IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177). Art. 1.177. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, VI, e 248, IV).*

¹⁰Art. 175. *A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. §1º casamento é indissolúvel.*

¹¹RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1.988-1.989. p. 22.

regulado depois pela Lei nº 6.515/1977. Anteriormente, a única forma de separação de corpos e bens era o desquite, o qual não extinguiu o matrimônio e impedia novo casamento.

O artigo 363, I,¹² reconhecia efeitos diretos positivos ao concubinato, ao autorizar que os filhos dessa união, de pessoas absolutamente desimpedidas, conforme as disposições relativas à nulidade do casamento - artigo 183, I a IV, promovessem ação contra seus pais ou seus herdeiros com o intuito de obter o reconhecimento da filiação, caso se, “ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai.” Neste caso, havia presunção *juris tantum* da paternidade do concubino.¹³

2.2. Considerações sobre o concubinato

Silvio Rodrigues, em obra de 1.988, conceituou o concubinato como:

“A união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica em uma presumida fidelidade da mulher ao homem.”¹⁴

Villaça Azevedo, contudo, ressalta que o dever de fidelidade deve ser recíproco, caso contrário, há adultério, elemento estranho ao concubinato. Este instituto, em sua versão “pura” demanda lealdade, inexistindo a possibilidade da manutenção de uma vida liberal, com contato íntimo com outras pessoas.¹⁵

Neste sentido, existiam dois tipos de concubinato, o “puro”, “união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se família de fato, sem detrimento da família legítima”, ou seja, composto por “solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato, por mais de um ano, desde que respeitada outra união concubinária”¹⁶ e o “impuro”, adúltero, incestuoso ou desleal, no que se refere à

¹² Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;

¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1.988-1.989. p. 268.

¹⁴ Idem, p. 271.

¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 189.

¹⁶ Idem. p. 190.

outra união fática – como de homem casado que mantenha paralelamente a seu lar, outro de fato.

A mencionada classificação gerou uma preocupação doutrinária e jurisprudencial de se diferenciar “concubina” de “companheira”, sendo a primeira partícipe de um concubinato impuro, cuja relação com o cônjuge adúltero resume-se a encontros periódicos, e a segunda de um puro, mulher com a qual o homem separado judicialmente ou de fato, convive *de more uxorio*.¹⁷

Atribui o autor a causa do aumento dos concubinatos puros ao intenso formalismo que rege a matéria do casamento, consolidado após a edição do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1.890, responsável pela secularização do matrimônio. Neste contexto, o ordenamento jurídico nacional passou a desconsiderar o casamento de fato, que se verificava com a mera convivência duradoura dos cônjuges e o casamento religioso, que, sem o registro posterior, não teria efeitos civis.

Além do formalismo em torno do instituto, sustenta que os obstáculos à dissolução do casamento, bem como as dificuldades de registro da celebração religiosa também contribuem para a opção pelo concubinato, de “grande intensidade nos países latino-americanos”.¹⁸

Com o lento progresso que passava a atingir as cidades e, por consequência, as relações familiares, a tolerância com os problemas conjugais reduziu-se drasticamente, fato que aumentou o número de desquites. O expressivo contingente de desquitados, cuja tendência era aumentar, impossibilitados de casarem-se e formarem novas famílias motivou a reforma constitucional advinda em 1977 que possibilitou o divórcio após o cumprimento de determinados requisitos.¹⁹

Contudo, segundo Villaça Azevedo, o efeito esperado com o surgimento do divórcio, qual seja, que todos se divorciassem para então casarem-se novamente, não se verificou na prática. Famílias de fato continuaram sendo formadas por meio dos concubinatos – puros ou impuros.

2.3. Das legislações pioneiras na garantia de direitos às uniões extramatrimoniais

¹⁷Idem, p. 191.

¹⁸AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 192.

¹⁹Idem. p. 192-193.

Neste capítulo inicial, no qual se pretende demonstrar, o caminho percorrido pelas uniões não matrimonializadas até o seu reconhecimento legal pela ordem constitucional, vale mencionar, ainda que brevemente, algumas leis infraconstitucionais e decretos que buscaram contornar eventuais entraves sociais e jurídicos para evitar injustiças em alguns casos concretos.²⁰

Na Lei de Acidentes do Trabalho, Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, em seu artigo 21, a companheira mantida pela vítima tinha caráter de “cônjuge legítima”, caso esta não existisse ou não tivesse direito ao benefício, desde que fosse referida como beneficiária em algum ato solene, tais como na carteira profissional ou no livro de registros de empregados.

Anteriormente à Lei do Divórcio (nº 6.515/1977), o Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942 tratava da possibilidade de reconhecimento, voluntário ou forçado, dos filhos havidos fora do matrimônio após o desquite; após a Lei nº 833/1949, que alterou o artigo 358 do Código Civil, o permitiu em todas as hipóteses de dissolução de sociedade conjugal.

A Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, no artigo 44, admitiu que o contribuinte separado judicialmente, desobrigado a sustentar sua ex-cônjuge, pudesse abater em sua declaração de Imposto sobre a Renda, os encargos da família formada junto à concubina por mais de 5 anos, incluindo-a como beneficiária, desde que entre os concubinos exista impedimento legal ao casamento, devido ao estado civil de desquitado ou separado judicialmente de um deles ou de ambos.

Diversas leis previdenciárias também contribuíram para a garantia dos direitos dos companheiros, seja por considerar como dependente do segurado “a companheira mantida há mais de 5 anos”, cuja dependência econômica era presumida, como fez a Consolidação das Leis da Previdência Social em 23 de janeiro de 1984, por meio do Decreto nº 89.312, artigos 10º ao 13, ou por estipular que a companheira ou companheiro inválido com quem o (a) segurado (a) convivesse por mais de 5 anos com *more uxorio*, se converteria em “beneficiário obrigatório do segurado” imediatamente na data anterior ao óbito, logo após a esposa e o marido inválido, como dispôs a Lei Municipal de São Paulo nº 9.157, de 1º de dezembro de 1980, nos artigos 16, incisos I e II.

²⁰Ibidem, p. 200-2005.

Por fim, vale fazer menção à Lei dos Registros Públicos, nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que, após as reformas introduzidas pela Lei nº 6.216 de 30 de junho de 1975, admitiu, em seu artigo 57, §2º e 4º, que a mulher solteira, desquitada ou viúva, convivente com homem solteiro, desquitado ou viúvo, “excepcionalmente e havendo motivo ponderável” pudesse requerer judicialmente a averbação, em seu registro de nascimento, do “patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou ambas”, podendo tal solicitação ser deferida “quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia”. Aqui, incide ainda o requisito temporal de 5 anos de união ou existência de filhos em comum.

Logo, verifica-se a importância destes diplomas legais, pioneiros em garantir direitos aos (às) concubinas, para a evolução da jurisprudência e das próprias legislações futuras no caminho do reconhecimento jurídico do concubinato.

2.4. As estratégias jurisprudenciais para amenizar as injustiças causadas pela omissão legal

A jurisprudência, por meio do uso alternativo do direito, buscou oferecer respostas à realidade social, mais especificamente às mulheres, rotuladas “concubinas”, as quais tinham restrito acesso ao mercado de trabalho devido à cultura patriarcal, fato que perpetuava seu estado de dependência econômica em face do concubino enquanto perdurasse a relação.

Da mesma forma, sofria estigmatização a mulher separada. Além disso, suportava a negação de seus direitos no momento da dissolução do concubinato, ainda que duradouro, estável e com prole comum. Portanto, observa-se que eram desconsiderados aspectos essenciais e patrimoniais dessa entidade familiar.²¹

Independentemente dos esforços jurisprudenciais e legais dos intérpretes e legisladores ordinários, para conceder um pouco de justiça às famílias ainda marginalizadas pelo ordenamento jurídico, estas lutavam na Justiça por maior reconhecimento e respeito, o que demandava a estipulação de regras claras à efetiva realização de seus respectivos projetos de vida.

²¹LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

Este debate inevitavelmente chegou às casas legislativas brasileiras quando da elaboração do novo Código Civil, e na tramitação do Projeto nº 118 de 1984, da Câmara dos Deputados, recebeu esta emenda do relator-geral Josaphat Marinho, para a inclusão do Título III, “Da União Estável”, compreendendo os artigos de número 1.735 a 1.739, os quais foram devidamente aprovados pelos parlamentares.²²

Entretanto, quando a regulamentação do concubinato era praticamente inexistente, se fazia necessário contornar as omissões legais, buscando evitar, como já mencionado, injustiças irremediáveis nos casos concretos. As soluções mais marcantes foram a utilização da sociedade de fato e da indenização por serviços prestados, tratadas a seguir.

a) Sociedade de fato

A inexistência do divórcio e o aumento dos concubinatos puros motivaram a criatividade dos Magistrados, principalmente para impedir lesões entre os então concubinos quando do término da relação. Uma das soluções encontradas foi a tentativa de adequar o instituto da sociedade de fato a uma relação pessoal de caráter familiar.

Villaça Azevedo defende uma distinção entre a sociedade de cunho obrigacional e a que constitui uma família, devendo a última gozar de proteção especial. Segundo ele “a sociedade de fato entre concubinos tem como escopo a constituição da família de fato, com a cooperação dos conviventes, de caráter pessoal e/ou patrimonial, unidos pela afeição familiar”.²³

Argumentou que tal sociedade se funda em contrato consensual, e a realização de sua finalidade é desejo de ambos os contratantes, por meio do somatório de esforços e/ou recursos destes. Entendeu “esforços” como contribuições pessoais, enquanto “recursos” teriam natureza de contribuição econômica.

Desenvolve-se tal noção ante a vulnerabilidade da mulher que não exerce atividade econômica, dedicando-se à manutenção do lar nesse tipo de relação, para que seu direito à parcela do patrimônio do então companheiro seja reconhecido. Desta forma, a sociedade de fato entre concubinos teria caráter condominial, com cotas

²²AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 210.

²³Idem. p. 211.

iguais a serem partilhadas, salvo disposição particular em contrário ²⁴, com o objetivo de evitar enriquecimento indevido do companheiro.

Em 1964, na vigência da Constituição de 1.946, o Superior Tribunal Federal fixou, por meio da Súmula 382, o entendimento de que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”, isto porque, de acordo com o referido autor, a ideia de domicílio é mais flexível no Direito de família, porque neste ramo importa a noção de “lar”, “onde, na intimidade, se exercem, de modo duradouro, as relações familiares”.²⁵

No mesmo ano, foi editada a Súmula 380, com o intuito de tutelar as relações extramatrimoniais, até então vedadas, para proteger patrimonialmente as conviventes abandonadas por seus companheiros após anos de união afetiva.²⁶ Dispõe 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”. Aduz Villaça Azevedo que tanto a jurisprudência da época quanto a súmula não consideram a “espiritualidade que une o casal”, sendo o “esforço”, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, compreendido como participação econômica, logo, insuficiente a convivência *more uxorio* ²⁷ e, conseqüentemente, as contribuições indiretas ou pessoais.

Expressou sua discordância declarando que

“a família não é constituída como uma sociedade civil ou comercial, mas com elementos imateriais, que a fortalecem, em segurança do próprio Estado, mantendo os casais aninhados em seus próprios lares”.²⁸

Segundo Paulo Lôbo, a progressista solução à época representa um retrocesso ao ser utilizada nos casos de união estável após a Constituição de 1.988, quando continuou sendo aplicada até a aprovação da Lei nº 8.971/94, como se (ainda) não fosse família, recebendo tratamento exclusivamente econômico e obrigacional. No mesmo sentido escreve Sílvio Rodrigues, indicando que *affectio* dos concubinos não era “*societatis*”, mas “*maritalis*”.²⁹

²⁴Ibidem, p. 214.

²⁵AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 214.

²⁶Idem. p. 272.

²⁷Ibidem. p. 273.

²⁸AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 273.

²⁹RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de família**. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1.988-1.989. p. 275.

Concebe o jurista que a Súmula em análise “perdeu sua função histórica de realização alternativa de justiça, pois o impedimento que visava a superar (exclusão das famílias fora do casamento) deixou de existir”.³⁰

Ressalta a necessidade de se resolver os litígios de natureza familiar com as soluções de direito de família e não obrigacionais, para não degradar a natureza pessoal e afetiva de família transformando-a em uma “fictícia sociedade de fato”.³¹

Maria Berenice Dias afirma que a Súmula perdeu prestígio somente com a edição da Lei nº 9.278/96, a qual estipulou que os bens adquiridos por um ou ambos os companheiros são fruto do trabalho e da colaboração comum. Portanto, a lei impôs o condomínio ao patrimônio dos conviventes, o qual tem como consequência a partilha igualitária no momento da dissolução da união.

Poderia se considerar que a Súmula foi tacitamente revogada, vez que o Código Civil determinou que aplica-se o regime da comunhão parcial de bens à união estável, contudo, pelas mesmas razões da indenização por serviços prestados, tal Súmula pode ser invocada nos casos envolvendo famílias paralelas ou simultâneas.³²

b) Pagamento por serviços domésticos ou Indenização por serviços prestados

A outra solução utilizada pela jurisprudência para resolver os litígios após a dissolução do concubinato mesclava institutos da responsabilidade civil e do direito do trabalho. No ver de Sílvio Rodrigues,

“[...] os salários pagos à concubina não o são por decorrência do concubinato, como o preço pela posse do corpo da mulher ou do prazer que dele tira o homem, mas sim pelos serviços prestados, pois o fato de viver ela em mancebia não lhe arranca a prerrogativa de ser pagar pelos trabalhos fornecidos”.³³

Na concepção de Maria Berenice Dias tratava-se de uma saída jurisprudencial depreciativa utilizada em um contexto histórico de marginalização das uniões extramatrimoniais. Era fixada ao invés de alimentos, com o final dos concubinatos sem patrimônio partilhável, com o intuito de evitar que a mulher, fora do mercado de

³⁰LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

³¹Idem, p. 87.

³²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 177.

³³RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de família**. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1.988-1.989. p. 273.

trabalho e incapaz de prover seu sustento, entrasse em situação de miserabilidade. Assim se remunerava anos de dedicação ao companheiro e à casa.³⁴

Com o reconhecimento constitucional dos então denominados concubinatos puros, atuais uniões estáveis, incabível o uso de tal artifício nos casos em que esta se verifica, vez que o dever de mútua assistência se impõe e é garantido o direito a alimentos.³⁵ Entretanto, ante o repúdio do legislador e da jurisprudência em tutelar as famílias paralelas ou simultâneas, a solução oriunda da responsabilidade civil, bem como a Súmula 380 do STF seguem sendo utilizadas, conforme a presença da participação mútua ou não na construção do patrimônio na vigência da união.

c) Reconhecimento da concubina como beneficiária e donatária

Os Tribunais admitiram a concubina como beneficiária de seguro de vida e a legalidade da doação no concubinato puro, desde que respeitados os requisitos de praxe, protetores da família “legítima”. No âmbito previdenciário, afirma Villaça Azevedo, que a jurisprudência costuma inclinar-se a proteger a concubina,³⁶ desde que os partícipes sejam desimpedidos.

2.5. A Constituição Federal de 1.988 e o reconhecimento paulatino da união estável como entidade familiar

Declara Villaça que a base do Estado é a família, assim, sem demais adjetivos qualificadores, para que se evitem tratamentos discriminatórios entre as entidades familiares. Contudo, não foi esta a posição adotada pela Constituição de 1988.³⁷

As famílias são provenientes de um mesmo nascedouro, sendo de fato ou de direito. A realidade social persegue o legislador em busca de soluções às suas demandas, e para isto não há fuga. Condenou o autor, entretanto, a concessão de completa liberdade aos concubinatos puros, devendo o Estado impedir, por meio da imposição de responsabilidades, que o mais forte lese o próximo.³⁸

³⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 176.

³⁵Idem, p. 177.

³⁶AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 216.

³⁷Idem, p. 234.

³⁸Ibidem, p. 239.

Por fim, defende que sendo a família o sustentáculo do Estado, deve ser protegida, de forma a manter suas relações com segurança jurídica, para que este mesmo possa preservar-se.³⁹

Ante as mudanças sociais sofridas pelas configurações familiares, buscou-se, na Assembleia Constituinte, iniciada em 1º de fevereiro de 1.987, democratizar a noção de família, inaugurando formalmente o instituto da união estável, e indicando como pressupostos a igualdade de direitos e deveres entre cônjuges e entre filhos, biológicos ou adotivos.⁴⁰

Este movimento representou, de acordo com Rolf Madaleno, um “marco de elevação” do concubinato à condição de união estável. Promoveu a alteração de paradigmas sociais e culturais brasileiros, desmarginalizando o concubinato, deixando este de ser tratado como “uma relação aventureira e de segunda categoria”, para tornar-se entidade familiar similar ao casamento, podendo ser nele convertida.⁴¹

Neste contexto, a Constituição promulgada em 05 de outubro de 1.988, por meio do parágrafo 3º de seu artigo 226, reconheceu o “concubinato puro, não adúltero nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, do Direito de Família”.⁴² Este adquiriu *status familiae*, sendo alçado à categoria de entidade familiar.⁴³

Destaca-se a desnecessidade de o Constituinte ter apontado as modalidades familiares protegidas pelo texto constitucional – não caberia a ele definir como as famílias devem constituir-se, mas aos próprios indivíduos segundo seu projeto de vida particular.⁴⁴

Afirma Villaça Azevedo que a “união estável sempre foi casamento de fato”, o qual foi extinto pelo Decreto nº 181, de 1.890, e, exatamente por isso, seriam vãos eventuais esforços do Estado para facilitar, por lei, sua conversão em casamento, nos termos da parte final do referido parágrafo, já que para tanto, seria necessário o

³⁹AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 240.

⁴⁰Idem, p. 267.

⁴¹MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1150.

⁴²AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 268.

⁴³LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170.

⁴⁴AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 268.

consentimento dos conviventes, manifestado espontaneamente no momento de eventual matrimônio.⁴⁵

De qualquer forma, para Paulo Lôbo, o casamento é a “referência estrutural” da união estável, apesar de estes serem distintos entre si e possuírem estatutos jurídicos próprios, sem hierarquia ou primazia de um sobre o outro.⁴⁶

Desta forma, a Constituição Federal albergou a possibilidade da livre escolha popular de entidade familiar, indicando suas modalidades.

De acordo com Paulo Lôbo, com o advento da Constituição, a maior parte dos civilistas entendeu que as modalidades de entidades familiares foram enumeradas exaustivamente pelo texto constitucional, impossibilitando o reconhecimento de formas diversas de configurações familiares. Estes juristas dividem-se em dois grupos – o que defende a primazia do casamento, caracterizando-o como modelo de família, tendo a união estável e a família monoparental proteção limitada, e o que afirma a igualdade entre as três categorias, ante a liberdade garantida aos indivíduos pela própria Constituição para escolher o melhor modo de realização de projetos de vida.⁴⁷

Considera o autor que o segundo grupo interpreta melhor as normas constitucionais, integrando suas normas e princípios. Contudo, é insuficiente, vez que o princípio da concretização constitucional demandaria, em consonância com o sistema jurídico nacional, a superação da compreensão de que a Constituição Federal indica *numerus clausus* as possibilidades familiares do direito brasileiro.⁴⁸

Concluiu o jurista que “o caput do artigo 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”. Destaca que a proteção constitucional destina-se às pessoas humanas que buscam, em uma entidade familiar, realizar-se, e não na família como valor em si mesmo, no paradigma atual concebida como “sujeito de deveres mais que de direitos”.⁴⁹

⁴⁵Idem, p. 270.

⁴⁶LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168.

⁴⁷Idem, p. 80.

⁴⁸Ibidem, p. 81.

⁴⁹Está sob tutela constitucional a “família”, sem adjetivação, ou seja, qualquer família constituída socialmente. Não há uma locução que diz a “*família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela entidade monoparental*”, como existia antes “*a família, constituída pelo casamento*” no texto constitucional. A interpretação de uma norma ampla não poderia restringir direitos subjetivos. O rol de entidades familiares presentes na CF seriam meramente exemplificativos por serem os mais comuns. “As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família”. Idem. p. 82-83.

Em relação à jurisprudência, tratou-se acima dos desafios de se tutelar alguns efeitos patrimoniais do concubinato, devido ao seu não reconhecimento pelo ordenamento jurídico, os quais se buscavam transpor por meio da sociedade de fato, da indenização por serviços prestados e pela aplicação das Súmulas 380 e 382, do STF.

A influência do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros não tardou a irradiar-se sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do recém criado Superior Tribunal de Justiça, considerando válida a contribuição indireta para a formação do patrimônio dos concubinos.

Portanto, entende Villaça Azevedo que a Súmula 380, a qual exigia a participação econômica dos concubinos para eventual partilha do patrimônio construído por esforço comum, tornou-se ineficaz em face da união estável, sendo aplicável somente ao concubinato impuro, para evitar locupletamento indevido.⁵⁰ Assim, por exemplo, a companheira que contribuiu indiretamente para o acúmulo de bens durante a união estável, seja com capital ou com o seu trabalho doméstico, poderia ter direitos ao patrimônio do companheiro.⁵¹

Demonstra o autor, por intermédio de diversos julgados que, até 1.996, quando foi editada lei específica para tratar da matéria, os Tribunais entendiam que a contribuição dos companheiros para a formação do patrimônio comum poderia ser indireta, por colaboração no lar, pela administração da casa, criação e educação dos filhos.⁵² Ressaltou que as contribuições que diminuem o patrimônio possuem os mesmos efeitos no momento da partilha dos bens adquiridos por esforço comum.

Defende Villaça Azevedo que, com a edição da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, concubinato puro e a sociedade de fato foram iguados, vez que a convivência concubinária pura, nos termos da lei, garante aos conviventes o direito de propriedade em igualdade de condições sobre os bens adquiridos onerosamente na constância do concubinato, salvo prova escrita em contrário.⁵³

Contudo, o esforço constitucional para “legalizar” as uniões de fato teve pouco impacto na jurisprudência da época, apesar de ter influenciado a doutrina a perceber que não era mais cabível falar em sociedade de fato ou tratar de tal questão sob a

⁵⁰AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 275.

⁵¹Idem, p. 276.

⁵²Ibidem. p. 280.

⁵³AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 281.

ótica do direito das obrigações; tal evolução não foi, a princípio, acompanhada pelos tribunais. A Súmula 380⁵⁴ continuou a ser utilizada, bem como as demandas relativas à união estável eram distribuídas às varas cíveis (e não às de família). Segundo Maria Berenice Dias, na prática, o avanço foi tímido, inclusive em matéria sucessória.⁵⁵ Era vedado conceder herança ao companheiro sobrevivente, além disso, a estes era negado direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens.

Nos termos da Constituição, o Estado, a família e a sociedade devem contribuir para a realização da dignidade da pessoa humana, a qual tem como um de seus *locus* de concretização a entidade familiar, devendo sua opção ser respeitada, sob pena de violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade e violação do retrocesso social, entre outros.⁵⁶

Para Paulo Lôbo, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, responsáveis por regulamentar a união estável,

“intentaram, com disposições pouco harmônicas entre si, estabelecer um estatuto mínimo da união estável, notadamente quanto a seus requisitos (uma exigindo prazo mínimo, outra não), o dever de alimentos, a sucessão dos bens adquiridos pelos companheiros, os direitos e deveres recíprocos, direito real de habitação, a conversão da união estável em casamento e a competência da Vara de Família para decidir essas matérias”.⁵⁷

Desta forma, uma vez reconhecida a união estável como entidade familiar, é importante verificar mais a fundo como o reconhecimento constitucional operacionalizou-se por meio da legislação ordinária, o que será realizado no próximo item.

2.6. A união estável no ordenamento infraconstitucional posterior à Constituição de 1.988

Conforme sinalizado no item anterior, esta etapa do trabalho se dedicará à análise das leis ordinárias aprovadas para regular a união estável reconhecida constitucionalmente, demonstrando suas consequências jurídicas e sociais.

⁵⁴Súmula 382: “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”.

⁵⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 159.

⁵⁶LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87.

⁵⁷Idem, p. 170.

a) Lei nº 8.971, 29 de dezembro de 1994.

Inspirada no Projeto de Lei nº 37, de 1.992, de autoria do Senador Nelson Carneiro e aprovada com 6 anos de atraso para regulamentar a união estável e reconhecê-la como família, estipulando seu regime jurídico. Muito criticada pela linguagem e pelo conteúdo, vez que não previu várias hipóteses fáticas, limitando-se ao direito a alimentos e à sucessão *causa mortis*. Segundo Madaleno, devido a má técnica legislativa, gerou inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Por exemplo, excluiu as pessoas separadas de fato, estipulou tempo mínimo de união no caso da ausência de prole comum e não abordou a dissolução da união estável.⁵⁸

Ademais, teve sua constitucionalidade contestada por supostamente dar mais direitos ao companheiro sobrevivente do que ao cônjuge sobrevivo e por estimular a união estável em detrimento do casamento, quando ao invés, deveria ter somente facilitado sua conversão em casamento. Procurou evitar lesões de direito, principalmente contra as mulheres. Para Villaça Azevedo, a intenção era proteger a família, base da sociedade e não o casamento civil.

No âmbito da lei, a união estável configurava-se por meio da “convivência, por mais de cinco anos ou até a existência de filho comum, entre homem e mulher, não impedidos de casarem-se ou separados judicialmente (para o autor separados de fato também), mantendo uma única família”.

A lei cuidou da questão sucessória dos conviventes nos artigos 2º e 3º. No primeiro estipulou que o concubino ou a concubina sobrevivente tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, havendo filhos comuns ou daquele somente. Na ausência de descendentes, o usufruto incide sobre metade dos bens do falecido, ainda que sobreviventes seus ascendentes. Em ambos os casos, o direito de usufruto persiste enquanto o concubino (a) sobrevivente não constituir nova união, para Villaça Azevedo, estável ou matrimonial.

Para Rolf Madaleno o usufruto deveria ser somente dos bens exclusivos dos concubinos, “por eles adquiridos na união estável e concentrado sobre alguns desses bens, preferencialmente sobre aquele que já estariam na posse do usufrutuário, como é exemplo a moradia do casal e não ¼ ou a metade de todo o acervo”.⁵⁹

⁵⁸MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1152.

⁵⁹AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 336.

Villaça Azevedo assevera que o direito ao usufruto concedido aos conviventes e aos cônjuges é inconveniente, “pois, na prática, ele estorva o direito dos herdeiros”. Para o autor, melhor seria alçá-los à categoria de herdeiros *loco filii* ou *filiae*, ou seja, como filho ou filha. Neste caso, um companheiro sobrevivente, concorrendo com dois filhos, por exemplo, receberia um terço da herança.⁶⁰

No inciso III, o artigo 2º estipula que na falta de descendentes e ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Segundo o autor, desde que o momento da abertura da herança tenha se dado na vigência desta lei. Se anterior, a herança seria deferida aos colaterais do (a) falecido (a), vez que a lei não retroage.⁶¹

Para o autor a reserva de bens à (ao) concubina (o) é plenamente possível, porque a lei diz expressamente que ela (e) participa da sucessão.

Por fim, cabe analisar o artigo 3º da legislação em tela, o qual determina que se os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança forem frutos de atividade em que o (a) companheiro (a) colabore, terá o sobrevivente direito à metade dos bens, tratando-se, portanto, de meação, e não de herança.⁶²

No ver de Villaça Azevedo, em caso de sucessão por morte de concubino, existindo herdeiros necessários, sobre a herança terá o sobrevivente direito à metade do que ajudou a adquirir, salvo estipulação escrita em sentido contrário, sendo para o autor, tal contribuição presumida.⁶³

b) Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.

Seu objetivo era regulamentar o §3º do artigo 226 da Constituição Federal.⁶⁴ Originalmente, baseava-se em projeto de autoria da Deputada Beth Azize, inspirada pelas lições do Professor Álvaro Villaça de Azevedo, cujo intuito era regulamentar exhaustivamente a união estável, ab-rogando a Lei nº 8.971/94. Entretanto, a abrangência da lei foi reduzida, impossibilitando a correção de todos os equívocos da legislação precedente. Incluiu as uniões estáveis compostas por separados de fato,

⁶⁰Idem, p. 337.

⁶¹Ibidem, p. 339.

⁶²AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 342.

⁶³Idem, p. 342.

⁶⁴§ 3º *Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*

excluiu a necessidade de convivência mínima e estabeleceu o regime de comunhão dos bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os companheiros.⁶⁵

Deste modo, consagrou a lenta construção doutrinária e jurisprudencial defensora da divisão igualitária dos bens dos conviventes, considerando relevante as contribuições diretas ou indiretas de cada um para a construção do patrimônio comum.⁶⁶

Reconheceu como união estável ou concubinária, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família de fato. Note-se que não foi estipulado prazo mínimo para tanto.

Entende Villaça Azevedo que não entram nesse conceito os concubinatos impuros (incestuosos ou adúlteros) e as relações abertas, ante a essencialidade do dever de lealdade e a coabitação exclusiva à constituição da convivência *more uxório*.⁶⁷

A legislação analisada elenca, em seu artigo 2º, os direitos e deveres iguais dos companheiros, quais sejam, respeito, consideração mútua, assistência moral e material recíproca, guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Foram vetados pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso os artigos: 3º, referente a possibilidade de os conviventes fazerem uso de contrato escrito para regular seus interesses, especialmente os patrimoniais; 4º, que tratava do registro do contrato de convivência no Cartório do Registro Civil de residência dos conviventes, comunicável ao Cartório de Registro de Imóveis, para averbação de eventual contratação de bens imóveis por um ou ambos os concubinos e o artigo 6º, relativo a dissolução da união estável acordada entre as partes, pela morte de um dos conviventes, por rescisão ou renúncia do contrato, cuja consequência principal foi a desnecessidade de registro público de eventuais contratos ou distratos firmados por companheiros.⁶⁸

Estipularam-se as condições de aquisição patrimonial no artigo 5º, segundo as quais, salvo acordo escrito em sentido contrário, bens móveis e imóveis adquiridos onerosamente por um ou ambos os conviventes, durante a vigência da união estável,

⁶⁵MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1153.

⁶⁶Idem, p. 1154.

⁶⁷AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 312.

⁶⁸Idem, p. 315-319.

são tidos como frutos da dedicação comum, pertencentes a ambos em condomínio, ou seja, repartidos em cotas idênticas.⁶⁹

Logo, pode-se concluir que a Súmula 380 do STF foi legalmente afastada nos casos de concubinato puro, diante da presunção *iuris tantum*⁷⁰ do esforço comum dos companheiros para a formação de seu patrimônio. Para Maria Berenice Dias, tal presunção é *juris et de iure*.⁷¹

O artigo 7º, por sua vez, estabelece o dever do (a) companheiro (a) culpado (a) pagar alimentos ao (a) inocente, em caso de necessidade econômica. Nas separações amigáveis, as partes têm liberdade de estipulação. Dispõe o parágrafo único do referido artigo que, se a união estável for dissolvida por morte de um dos conviventes, o sobrevivente tem direito real de habitação do imóvel de residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união – estável ou matrimonial.

Já o oitavo artigo cuida da conversão da união estável em casamento, em respeito à norma constitucional. Por fim, o artigo nono fixa a competência das Varas de Família para julgar as ações relacionadas à união estável, rejeitando, finalmente, a possibilidade das causas serem processadas nas Varas Cíveis comuns, resquício do tratamento da união estável como sociedade de fato.

Discute-se no âmbito doutrinário e jurisprudencial se a Lei nº 9.278/96 revogou a Lei nº 8.971/94. Defende Villaça Azevedo que houve mera revogação parcial a respeito dos alimentos (Art. 1º) e sutil alteração em matéria sucessória, com o acréscimo do direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família.⁷²

Defende Dias que, tendo em vista que o Código Civil não revogou expressamente essas leis, as prerrogativas nestas previstas não estão derogadas, com base no artigo 2º, §1º e 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.⁷³ Neste caso, o direito real de habitação garantido ao (a) companheiro (a) sobrevivente, previsto na

⁶⁹Ibidem, p. 320.

⁷⁰AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 321.

⁷¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 160.

⁷²AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 334.

⁷³Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º—A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º—A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Lei nº 9.278/96, se mantém, ainda mais considerando que tal direito é garantido no âmbito do matrimônio.⁷⁴

No tocante ao usufruto, defende a autora que lacuna legal não pode significar exclusão do direito, assegurado à união estável, enquanto não constituída nova união, mas não ao casamento, devendo ser reconhecido ao último também.⁷⁵

Para Madaleno o usufruto vidual foi substituído pelo direito hereditário concorrencial do cônjuge viúvo, o que é positivo, porque a situação anterior gerava “inconvenientes e injustiças”, como a inibição da livre-circulação dos bens herdados, visto que os demais herdeiros ficavam presos ao usufruto vidual vitalício do consorte remanescente.⁷⁶

Rodrigo da Cunha Pereira afirma que Lei nº 8.971/94 só foi revogada naquilo que é contrária ao Código Civil de 2002. Francisco Cahali discorda – compreende que este a revogou por incompatibilidade.⁷⁷

Houve uma terceira tentativa de regular a união estável, por intermédio do Projeto de lei nº 2.686/96, de iniciativa do Ministério da Justiça, o novo “Estatuto da União Estável”, revogando as legislações supracitadas, corrigindo seus erros e preenchendo suas lacunas. Acabou sendo superado pela edição do atual Código Civil.⁷⁸

Não obstante as leis supracitadas, as quais procuraram aclarar o regime da união estável, após anos de incertezas e decisões díspares, foi, finalmente, o Código Civil de 2002 que realizou a sistematização da matéria relativa à união estável, revogando, segundo Rolf Madaleno, a legislação anterior. Defende o autor que há uma preferência do legislador pelo matrimônio, impondo tratamento anti-isonômico entre os institutos.⁷⁹

2.7. A promulgação do Código Civil de 2.002 – o fim da equiparação entre o regime sucessório de cônjuges e companheiros

⁷⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 173.

⁷⁵Idem, p. 173.

⁷⁶MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1221.

⁷⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 155.

⁷⁸MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1154.

⁷⁹LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170.

O Anteprojeto de 1.972 foi elaborado e revisado por Comissão supervisionada pelo Prof. Miguel Reale e composta pelos Professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, responsáveis, respectivamente, pela Parte geral, Direito das obrigações, Atividade negocial, Direito das coisas, Direito de família e Direito das sucessões. O Anteprojeto foi revisado pela mesma Comissão em 1.973.⁸⁰

Após, transformou-se no Projeto de Lei nº 634, de 1975; ao ser aprovado com alterações realizadas pela Câmara dos Deputados em 1.984, foi nominado “634-B” e encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu o número 118.

Afirma Villaça Azevedo que a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, antecipou diversas matérias tratadas no Projeto. Em 15 de agosto de 2001, a Câmara dos Deputados “aprovou, por votação simbólica, sem registro de voto no painel eletrônico, o atual Código Civil, que tramitava há vinte e seis anos no Congresso Nacional”.⁸¹

Posteriormente, o Projeto retornou à Comissão Especial para revisão definitiva. A redação final foi entregue aos deputados em 13 de dezembro de 2001, e aprovada em nova votação simbólica do Plenário da Câmara no mesmo mês, para depois ser encaminhado para sanção do Presidente Fernando Henrique Cardoso. A promulgação ocorreu em 10 de janeiro de 2002, por meio da Lei nº 10.406, com prazo de *vacatio legis* de um ano.⁸²

A união estável foi regulada no Código Civil nos artigos 1.735 a 1.739, albergando o conceito trazido pela Lei nº 9.278/1.996, qual seja, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família de fato.

A união estável encontra-se no último capítulo do livro do Direito de família, antes apenas da tutela e da curatela. Justificou-se o legislador declarando que reconhecimento desta se deu apenas com a promulgação da Constituição de 1988, durante a elaboração do Código. Para Maria Berenice Dias, contudo, esta inclusão tão distante do casamento demonstra a resistência em se reconhecer a união estável como entidade familiar de igual *status* àquele.⁸³

⁸⁰AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 349.

⁸¹Idem, p. 352.

⁸²Ibidem, p. 352.

⁸³DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 161.

Nos termos do Código Civil de 2002, os companheiros em união estável são o homem e a mulher sem impedimentos para casar, salvo se ainda casados, mas separados de fato ou judicialmente. Para Lôbo, “companheiro em união estável” representa um estado civil autônomo, haja vista que uma vez inserido nesta unidade familiar não é mais solteiro, separado, divorciado ou viúvo.⁸⁴

Na interpretação de Rodrigo da Cunha Pereira se verifica a partir da relação afetiva amorosa entre um homem e uma mulher, não adúlterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil. Madaleno entende pelo afastamento do pressuposto “entre homem e mulher”, vez que todas as uniões que reúnem os requisitos do artigo 1.723 do Código Civil encontram-se aptas ao reconhecimento e proteção judicial.⁸⁵

Da leitura do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição e do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 se deduzem, na visão de Lôbo, quatro requisitos: a relação afetiva entre homem e mulher, somada à convivência pública, contínua, duradoura, ao objetivo de constituir família e a possibilidade de conversão ao casamento, este último questionado pelo referido autor, devido à sua utilização para legitimar argumentos discriminatórios no tocante à união estável.

Explica o autor que a norma constitucional não contém requisito nem condição resolutive.⁸⁶ Igualmente, a coabitação não é requisito da união estável, persistindo a Súmula 382 do STF, que se referia, antes do reconhecimento constitucional, aos concubinatos puros. Ressalta-se que para além do Supremo Tribunal Federal, tampouco a Constituição e o Código Civil exigem tal fato para a configuração da união.⁸⁷

No que se refere aos efeitos, a união estável é ato-fato jurídico, portanto, dispensa manifestação de vontade para a produção de seus respectivos efeitos jurídicos, sendo suficiente sua expressão fática para a incidência das normas jurídicas específicas.⁸⁸

Os impedimentos legais para o casamento, por sua vez, incidem sobre a união estável, proibindo a união entre ascendentes e descendentes, sogros (as) e noras ou genros, o adotante com o cônjuge ou companheiro do adotado, por exemplo. Destaca-

⁸⁴LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170.

⁸⁵MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1190.

⁸⁶LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171.

⁸⁷Idem.. p. 172.

⁸⁸Ibidem. p. 172.

se que pessoas casadas podem constituir união estável desde que separados de fato ou judicialmente.⁸⁹

Seu término se dá como seu início, de forma objetiva, por meio da separação de fato, sem ato jurídico específico ou decisão judicial. Assim, não há apuração de culpa, podendo ser a dissolução amigável ou litigiosa.⁹⁰

Uma vez regulado o concubinato puro, chamado pelo texto constitucional de “união estável”, considerado entidade familiar, a outra modalidade de concubinato, o adúltero, restou “como tipo excludente e sem um estatuto legal próprio”. A principal diferença entre os institutos é a existência ou não de impedimentos para casar.⁹¹

O atual Código tem atitude ambígua, vez que conceitua o referido concubinato,⁹² sem determinar, contudo, suas consequências jurídicas. Segundo Lôbo, a intenção foi afastá-lo da sua versão “pura”, deixando claro que as regras desta não se aplicam à modalidade “impura”. Doutrina e jurisprudência divergem acerca da natureza das famílias paralelas ou simultâneas, geralmente negando *status familiae* ao instituto, diante da norma excludente do artigo 1.727 do Código Civil.⁹³

Desse modo, se faz necessário revisitar o direito das obrigações, mas especificamente a noção de sociedade de fato e a Súmula 380 do STF ou, na hipótese de não se provar o esforço comum para a constituição do patrimônio, recorrer à responsabilidade civil, indenizando o (a) companheiro (a) por eventuais serviços prestados.⁹⁴

Menciona Paulo Lôbo as fortes críticas que parte da doutrina atribuem à indenização por serviços prestados, tendo em vista que parece contraditório à dignidade da pessoa humana reduzir uma relação afetiva aos seus aspectos meramente patrimoniais. Entende o autor que o concubinato não pode ser renegado por sua ilicitude, ante as demandas que têm chegado ao Judiciário e ao Legislativo.

Observou, por fim, que em alguns ramos do direito, a solução adotada tem sido a divisão igualitária de valores e/ou benefícios entre o (a) cônjuge sobrevivente e o (a) concubino (a), principalmente na seguridade social,⁹⁵ demonstrando, que o concubinato adúltero, as famílias simultâneas ou paralelas têm trilhado um caminho

⁸⁹LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 174.

⁹⁰LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 184.

⁹¹Idem, p. 185.

⁹²Art. 1.727. *As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.*

⁹³LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 185.

⁹⁴Idem, p. 186.

⁹⁵Ibidem, p. 188.

histórico semelhante ao da união estável para, quem sabe, um futuro reconhecimento legal.

No tocante aos direitos sucessórios, o (a) convivente não encontra-se na ordem de vocação hereditária, tendo seu direito restringido à concorrência sucessória em relação aos bens adquiridos na vigência do relacionamento. Tampouco tem o (a) companheiro (a) o direito à quota mínima de um quarto da herança, garantida ao cônjuge sobrevivente quando concorre com os filhos comuns, nos termos do artigo 1.832. Do mesmo modo, o direito real de habitação foi outorgado apenas ao cônjuge.⁹⁶

De acordo com Maria Berenice Dias, as disposições que tratam de forma diferenciada a união estável em relação ao casamento devem ser tidas como não escritas, e ao deixarem de nominá-la diante das prerrogativas concedidas ao matrimônio, tais omissões devem ser consideradas inexistentes, ineficazes e inconstitucionais. Concluiu afirmando que “em todo texto em que é citado o cônjuge, é necessário ler-se cônjuge ou companheiro”.⁹⁷

De acordo com a referida autora, a proteção constitucionalmente assegurada não pode ser restringida pela legislação ordinária, não sendo possível nem mesmo se limitar direitos consagrados nas leis anteriores, em respeito ao Princípio da proteção de retrocesso social.⁹⁸

Alerta Madaleno que união estável e casamento não são institutos iguais apesar das semelhanças e “suas reais diferenças não podem passar das idiossincrasias próprias de sua formação”. Acrescente que “a chamada união livre vem paulatinamente perdendo essa sua liberdade de outrora, diante da sua crescente regulamentação”.⁹⁹

Em uma disposição civil inteiramente constitucional, a união estável não poderia receber tratamento discriminatório em relação ao casamento, vez que entre eles não há diferenças no plano fático e da convivência social. Todavia, não é isto que se vê no Código Civil.

No direito sucessório em particular, afirma Rolf Madaleno que o legislador foi “impiedoso”, ao excluir o companheiro sobrevivente da ordem de vocação hereditária e não indicá-lo como herdeiro necessário, tendo direito apenas aos bens adquiridos

⁹⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 162.

⁹⁷Idem, p. 163.

⁹⁸Ibidem.

⁹⁹MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1190.

onerosamente na vigência da união e negá-lo a quota hereditária mínima de 25%, reservada ao cônjuge supérstite e o direito real de habitação.¹⁰⁰

Aduz Rodrigo da Cunha Pereira que entre os direitos advindos da união estável, a herança foi, provavelmente, o mais alterado em relação às legislações anteriores. Anteriormente ao CC/2002, o direito sucessório dos companheiros era idêntico ao dos cônjuges, por força do artigo 2º da Lei nº 8971/94¹⁰¹.

Com a apresentação de prova da relação de união estável, o (a) companheiro (a) poderia habilitar-se no inventário do de cujus ou ocupar cargo de inventariante. Além disso, era o terceiro na ordem de vocação hereditária, junto ao cônjuge, o que não ocorre no CC/2002. Portanto, pode o (a) companheiro (a) ser excluído (a) da herança. Segundo o autor, a jurisprudência não era oscilante – na falta de ascendentes ou descendentes, o (a) companheiro (a) teria direito à meação e à herança, afastando, assim, os colaterais.¹⁰²

Argumenta o autor que “talvez em razão da alegada vantagem da companheira na Lei nº 8.971/94” resolveu o legislador, no Código Civil de 2002, compensar o (a) cônjuge, alçando-o (a) a posição de herdeiro necessário, concorrendo com ascendentes e descendentes, sendo que o mesmo ocorre em países como Alemanha, Argentina, Itália e Portugal.¹⁰³

As principais alterações na sucessão da união estável foram, primeiro, a delimitação dos bens sucessíveis aqueles adquiridos a título oneroso, na constância da relação, e, segundo, a forma de partilha da herança, descrita no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, objeto desta monografia.¹⁰⁴

Critica o autor a posição topográfica do artigo, localizado junto às disposições gerais da união estável e não junto à ordem de vocação hereditária. Além disso, considerável parte da doutrina entende que houve retrocesso na regulação da união estável no atual Código Civil, qualificando, desta forma, a união estável como uma “família de segunda classe”, a *contrario sensu* da vontade constitucional.¹⁰⁵

¹⁰⁰Idem, p. 1191.

¹⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 164.

¹⁰²Idem, p. 164.

¹⁰³Ibidem. p. 165-166.

¹⁰⁴Idem, p. 168.

¹⁰⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 169.

Considera a falta de previsão expressa na legislação civil do direito real de habitação na união estável não é problema porque as leis anteriores não foram revogadas. O art. 7º da Lei nº 9.278/96 é vigente.¹⁰⁶

Cita Venosa, o qual concluiu que “se for entendido que as lacunosas disposições do Código Civil de 2002 sobre a união estável revogaram as leis anteriores, a união estável será colocada, no novo sistema, em posição de inferioridade”.¹⁰⁷

Constitui outra impropriedade do Código a seguinte hipótese: se o falecido não tiver parentes sucessíveis a totalidade da herança transmite-se ao (a) companheiro supérstite, porém, esta “totalidade” é a dos bens adquiridos durante a união a título oneroso. Portanto, havendo o de cujus bens anteriores à relação estes passarão para o patrimônio público, nos termos do artigo 1.844 do Código Civil.¹⁰⁸

Ressalta o autor que a situação desprivilegiada do (a) companheiro (a) só poderia ser alterada com a mudança da redação do artigo 1.790. Questiona, contudo, se o legislador de fato errou ao estabelecer este tratamento distinto, se isto significa que a união estável é família de segunda classe. Defende que o legislador acertou, “na medida em que estabeleceu aí uma diferenciação entre as duas formas de constituir famílias”.

Isto porque a equiparação total dos institutos faria a união estável perder o sentido, restringindo o direito dos indivíduos de escolher outra opção de constituição familiar que não o casamento, devendo estes arcar com as consequências de uma ou de outras, vez que tanto a união estável quanto o casamento possuem suas vantagens e desvantagens.

Por fim, conclui:

“Ainda bem que o companheiro/convivente não é herdeiro necessário nem herdeiro necessário nem herdeiro concorrente. Pelo menos restou uma forma de constituir família em que o indivíduo tem a liberdade de destinar seus bens após a morte para quem bem entender”.¹⁰⁹

Após as mencionadas leis infraconstitucionais e o Código Civil de 2002, foram de grande importância para a matéria e contribuíram para a evolução jurídica do

¹⁰⁶Idem, p. 170.

¹⁰⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003, v. 7, p. 116.

¹⁰⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 170-171.

¹⁰⁹Idem. p. 171.

instituto o julgamento das Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade ADPF 132 e ADI 4.277, as quais estenderam o conceito da união estável às uniões homoafetivas, bem como a Resolução nº 175/2013, que dispôs sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento para estas uniões.

3. O REGIME SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL DE 2.002 – IMPROPRIEDADE TÉCNICA E DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

3.1. Breve revisão dos conceitos básicos do Direito das sucessões

Em sentido amplo, “sucessão” representa a transferência de um direito de uma pessoa (física ou jurídica) para outra, uma relação jurídica constituída por determinados titulares passa a outros por meio desta, os quais assumem todas as obrigações e direitos de seu antecessor. Neste processo, o objeto da relação não sofre nenhuma alteração.¹¹⁰

Tal transferência pode abranger a totalidade dos direitos, sendo assim, sucessão a título universal ou restringir-se a um ou alguns direitos, caracterizada como sucessão a título singular.¹¹¹

A sucessão pode ocorrer por determinação legal ou pela vontade dos titulares em vida, *successio inter vivos*, ou em razão da morte de um dos sujeitos da relação jurídica, *successio causa mortis*, na qual opera-se sempre a sucessão a título universal.¹¹²

Após breve análise histórica da consolidação do direito sucessório, afirma Cahali que este deve ser compreendido nos termos da política legislativa do país, tendo em vista a posição socioeconômica determinada pelo Estado.¹¹³

A transmissão hereditária tem fundamento, segundo o autor citado, na propriedade, marcada pela sua perpetuidade, na estabilidade da relação jurídica que a formou e na solidariedade familiar. O mesmo define como acertada a opção do Constituinte de alocar, no artigo 5º, inciso XXX, a garantia fundamental do direito de herança.¹¹⁴

O conteúdo do acervo hereditário é econômico ou patrimonial, excluindo-se as relações jurídicas não patrimoniais e as personalíssimas, ainda que tenham caráter econômico, como o poder familiar, o usufruto, a pensão previdenciária e o contrato de trabalho.¹¹⁵

¹¹⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 21.

¹¹¹ Idem. p. 22.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

¹¹⁴ Idem. p. 24-25.

¹¹⁵ Ibidem. p. 28.

Integram o acervo, por sua vez, bens móveis e imóveis, relações jurídicas de direitos e obrigações, créditos perante terceiros e o direito de acionar ou prosseguir eventuais ações, bem como a meação do cônjuge ou companheiro supérstite.¹¹⁶ Da mesma forma, incluem-se na herança dívidas e obrigações do falecido, desde que não personalíssimas.

Deste modo, o patrimônio inventariado pode resultar em uma herança positiva ou negativa, a depender da oposição entre os bens e direitos em relação às dívidas e obrigações, com o isolamento da meação do (a) cônjuge ou companheiro (a). Eventual saldo positivo é destinado aos herdeiros, enquanto no caso de déficit, o processo de inventário é utilizado para a administração do acervo, com o intuito de quitar as obrigações do *de cuius*, sem a destinação de bens aos sucessores.¹¹⁷

Ressalta-se que a herança, nos termos do inciso II, do art. 80 do Código Civil, é considerada imóvel, respeitando, portanto, as particularidades desta espécie de bens, ainda que no acervo existam somente bens móveis e direitos. Ainda, constitui um patrimônio único e indivisível até a formação dos quinhões dos herdeiros.¹¹⁸

No âmbito processual, a herança é nomeada de *espólio*, e, apesar de desprovida de personalidade jurídica, possui legitimidade *ad causam* a ser exercida pelo inventariante.¹¹⁹

A legislação que regulará a sucessão é definida pela data do falecimento do autor da herança, conforme redação do artigo 1.787 do Código Civil, o qual determina, além disso, que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.¹²⁰

3.1.1. Espécies de sucessão

Quanto a sua fonte, a sucessão pode ser legítima ou testamentária. Na primeira, também denominada “sucessão legal”, herda-se por determinação de lei, que traz a ordem de vocação hereditária, a qual, por sua vez, indica os chamados a suceder, sem a manifestação de última vontade do autor da herança. Aqui, o direito positivo elege os sucessores pelo grau de parentesco, casamento ou união estável.

¹¹⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 28.

¹¹⁷ Idem. p. 29.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 29.

¹²⁰ Idem. p. 30.

Ocorrerá sempre que o (a) falecido (a) não deixar testamento ou quando este caducar ou for julgado nulo.¹²¹

A sucessão testamentária provém de ato de última vontade, mais especificamente do testamento redigido pelo (a) *de cujus*, de acordo com as disposições legais. Nesta oportunidade, o autor da herança, e não a lei, escolhe seus sucessores. Destaque-se que as duas modalidades não são excludentes, podendo conviver no mesmo processo, como na hipótese da coexistência de testamento e de herdeiros necessários, que não podem ser afastados por disposição testamentária. Além disso, em ambos os casos, está protegida a meação do (a) cônjuge ou companheiro (a).¹²²

A sucessão legal, segundo Cahali, se dá sempre a título universal, ou seja, “pela transmissão do patrimônio do defunto como um todo (*universitas iuris*), atribuindo-se de forma abstrata aos sucessores, as respectivas partes ideais”.¹²³

A sucessão testamentária, a seu turno, pode se dar a título universal ou singular, por meio da transferência de bens determinados a pessoas determinadas, neste caso, o bem deixado é denominado *legado*.

Em alguns casos, a sucessão segue regras peculiares, como na sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil, das verbas decorrentes de vínculo empregatício, oriundas da rescisão do contrato de trabalho pela morte, de indenização por morte proveniente de seguro obrigatório de veículos automotores, entre outros. Classifica-se esta sucessão como anômala ou irregular.¹²⁴

3.1.2. Espécies de sucessores

Os sucessores podem ser herdeiros e/ou legatários. Os herdeiros, a seu turno, são legítimos e/ou testamentários.

Os herdeiros legítimos são indicados pelo ordenamento por meio da ordem de vocação hereditária¹²⁵, presente nos artigos 1.829 e no ora inconstitucional 1.790 do Código Civil.

¹²¹ Ibidem.

¹²² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 30-31.

¹²³ Idem. p. 46.

¹²⁴ Ibidem. p. 47-50.

¹²⁵ Sequência de pessoas ligadas ao falecido por laços de parentesco ou familiares que, uns na falta dos outros, com exclusividade ou em conjunto quando da mesma classe, são eleitos pela lei como herdeiros (CC, art. 1.829). p. 27.

Diante da regra da indisponibilidade de 50% da herança presente no direito brasileiro, os herdeiros legítimos dividem-se em *necessários* (cônjuge, descendentes e ascendentes do *de cuius*), os quais têm direito a esta parcela indisponível, inafastável por testamento, a ser dividida em quotas idênticas, e *facultativos*, herdeiros do falecido que não compõem a classe dos herdeiros necessários, os colaterais até o 4º grau, que podem ser afastados da herança por intermédio de disposições de última vontade.

Herdeiro universal, por sua vez, é o único sucessor de toda a herança, recebendo com exclusividade a integralidade do acervo hereditário, sem concorrência. Desta forma, não há partilha, mas adjudicação dos bens dentro do processo de inventário.¹²⁶

Herdeiros testamentários ou instituídos são os beneficiários da herança indicados em testamento, podendo ser, simultaneamente, herdeiros legítimos, quando são mais favorecidos pelo autor da herança em comparação aos outros herdeiros da mesma classe de preferência, com os quais concorrem.¹²⁷

Os legatários, que não se confundem com os herdeiros, são indicados para receber um bem determinado, certo e individualizado a título singular, também podendo ser herdeiro legítimo ou testamentário, pelas disposições de última vontade do *de cuius*.¹²⁸

Diante do princípio da *saisine*¹²⁹, consagrado no artigo 1.784 do atual Código Civil, a legislação que regulará a capacidade sucessória é a vigente no momento da abertura da sucessão.

3.2. A sucessão decorrente da união estável

3.2.1. Sucessão do (a) companheiro (a) na legislação anterior

O alcance da norma constitucional que garantiu à união estável *status familiae*,

¹²⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 52.

¹²⁷ Idem. p. 50.

¹²⁸ Ibidem. p. 51.

¹²⁹ Na França do Medievo era costume, após morte de um servo, que os bens que estavam em sua posse fossem devolvidos ao senhor, o qual exigiria dos herdeiros determinado valor para promover sua imissão. Para alterar tal prática, a jurisprudência do direito costumeiro consagrou a transferência imediata dos bens do servo aos seus herdeiros, diferenciando-se do direito romano, no qual a herança passava por três fases, a abertura (*delatio*), o estado de jacência (*hereditas iacens*) e a da aceitação (*acquisitio*), vez que o acervo hereditário não era transferido diretamente. Em PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. vol. VI. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 12-13.

conforme demonstrado no primeiro capítulo, é ainda amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência. Para Cahali, deve-se questionar se “teria ou não havido equiparação da união estável ao casamento” e se “haveria necessidade de regulamentação através de legislação ordinária, ou a norma constitucional seria autoaplicável”.¹³⁰

Defende o autor supracitado que no que se refere aos efeitos externos da união estável, para a proteção estatal e em face da sociedade, há equiparação plena ao casamento e eficácia imediata da norma. Em relação aos efeitos internos, contudo, especialmente quanto aos direitos e obrigações recíprocas entre os (as) companheiros (as), entende que não seria possível a incidência das mesmas regras do matrimônio, devido ao silêncio da norma constitucional, sendo necessária a edição de legislação especial para regular os efeitos pessoais e patrimoniais da união estável.

No âmbito do direito do sucessório, posiciona-se a doutrina no sentido de negar equiparação entre as entidades familiares, diante das disposições constitucionais e do próprio tratamento sucessório dispensado pelo Código Civil a cada um dos institutos.¹³¹

Todavia, em período anterior ao Código Civil de 2002 o direito sucessório dos (as) companheiros (as) regulava-se, nas palavras de Zeno Veloso, à imagem e semelhança do direito sucessório do cônjuge estipulado pelo Código Civil de 1.916.¹³² O (a) companheiro (a) sobrevivente concorria com os descendentes e ascendentes do de cujus em usufruto, e, na falta destes, recebia toda a herança, afastando os colaterais.

Nos termos da Lei 8.971/1.994, o (a) companheiro (a) seria chamado (a) a suceder na ausência de ascendentes ou descendentes, portanto, em terceiro lugar na preferência sucessória, de forma similar ao (a) cônjuge. Assim como este, não era herdeiro necessário, podendo ser privado da herança por disposição de última vontade – ambos eram herdeiros facultativos.¹³³

No tocante ao usufruto vidual e ao direito real de habitação, não houve nenhuma menção ao regime patrimonial que se verificaria na união estável, sendo possível a manutenção de ambas as vantagens, vez que não havia restrição legal, o

¹³⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 207.

¹³¹ Idem. p. 208.

¹³² VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Saraiva, 2010. Recurso online. ISBN 9788502144583. p. 159.

¹³³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. p. 209.

que tornava a legislação desta mais favorável que a destinada aos cônjuges, para quais seria deferido um ou outro direito.¹³⁴

3.2.2. Sucessão do companheiro na legislação atual

Cahali menciona as críticas realizadas contra o projeto do Código Civil de 2002, tanto em sua primeira versão, quanto na emendada pelo Senado Federal devido à ausência de previsão dos efeitos da união estável. Segundo o autor, o pior foi “a inclusão do direito sucessório de forma aleijada” no Código promulgado.¹³⁵

Segundo Hironaka, a emenda 358, de autoria do Senador Nelson Carneiro, feita no projeto de Código Civil para incluir os direitos sucessórios da união estável foi inspirada no projeto de código realizado por Orlando Gomes na década de 1.960. Por esse motivo, carregava o artigo 1.790 caráter retrógrado em comparação com a legislação previamente vigente.¹³⁶

Afirma Fachin que o referido dispositivo é sistematicamente destoante em relação aos demais dispositivos do Código e descompassado com os propósitos do art. 226 e parágrafos da Constituição Federal. Além disso, traz em seu conteúdo tratamento desigual, “travestido de indiferença”, da sucessão do (a) companheiro (a) em relação com a do (a) cônjuge.¹³⁷

Isto porque a legislação civil ignorou os avanços doutrinários, legislativos e jurisprudenciais que se deram a partir da Constituição Federal, distanciando os efeitos sucessórios da união estável dos decorrentes do matrimônio. O principal traço da inferioridade a que foi subjugada à sucessão do (a) companheiro (a) é a sua concorrência sucessória com os colaterais na falta de ascendentes e descendentes, além da limitada parcela da herança sob a qual tem participação.¹³⁸

Nos termos do art. 1.725, o regime da comunhão parcial de bens aplica-se “no que couber” à união estável, na ausência de previsão contratual em contrário. Dessa forma, manteve o Código as disposições do art. 5º da Lei nº 9.278/1.996, segundo as quais há entre os companheiros presunção relativa de que os bens integrados ao

¹³⁴ Idem. p. 209-210.

¹³⁵ Ibidem. p. 211.

¹³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1.784 a 1.856)** / coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

¹³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro. Soluções práticas - Fachin. vol. 2.** p. 39-57. Jan 2012. DTR\2012\393.

¹³⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 212.

patrimônio a título oneroso foram adquiridos pelo esforço comum das partes, merecendo divisão igualitária.¹³⁹

Ante a limitação imposta pelo art. 1.790, de que a sucessão se limitaria aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável, no momento da morte de um dos companheiros, duas massas de bens se formariam, a dos bens adquiridos a título oneroso durante o relacionamento, sobre a qual o artigo supramencionado incidiria e a formada pelos bens adquiridos a título gratuito, sobre os quais incidiria a norma do artigo 1.829 e seguintes.¹⁴⁰

A restrição do caput do art. 1.790 era capaz de gerar graves injustiças. Ana Luiza Maia Nevares exemplifica isto por meio da hipótese de o (a) autor (a) da herança ter acumulado bens somente antes da união estável. O (a) companheiro (a) sobrevivente nada receberia, cabendo a totalidade da herança aos demais parentes sucessíveis e, na ausência destes, ao Estado, nos termos do art. 1844.¹⁴¹ A situação deste torna-se ainda mais complicada diante da omissão do Código Civil de 2.002 a respeito da concessão do direito real de habitação na sucessão dos companheiros.

Destaca Cahali, entretanto, que a descontração casuística da sucessão do (a) cônjuge pode gerar situações nas quais o (a) companheiro (a) sobrevivente fique melhor aquinhado (a) pelo artigo 1.790 do que se fosse casado pelo regime da comunhão parcial de bens, o que ocorre quando a maioria do patrimônio da herança foi adquirido onerosamente durante a relação. Por este motivo, tem a doutrina questionado a constitucionalidade do referido artigo, no todo ou dos incisos III e IV.¹⁴²

Cahali compreende o dispositivo legal como “totalmente impróprio, inadequado na forma e conteúdo”, sem, todavia, argumentar contra sua constitucionalidade. Alega que lei ordinária não deveria, mas pode, no tocante às questões patrimoniais, dar tratamento diferenciado à união estável e ao casamento. Se o Código prevê consequências sucessórias diversas ao cônjuge conforme seu regime de bens, nada impediria, na visão do autor, a distinção entre as heranças do (a) cônjuge e a do (a) companheiro (a).¹⁴³

Além de concorrer com colaterais na falta de ascendentes ou descendentes e da limitação patrimonial (limitação do patrimônio “herdável”), o Código atual não alçou

¹³⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 169-170.

¹⁴⁰ Idem. p. 171.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 212.

¹⁴³ Idem.

o (a) companheiro (a) à qualidade de herdeiro necessário, tal como fez com o (a) cônjuge, nos termos do art. 1.845. Argumenta Cahali que isto passou despercebido pelo legislador, afinal, tampouco é o (a) companheiro (a) mencionado (a) no art. 1.850 como herdeiro facultativo, o que ocorre com os colaterais, afastáveis da sucessão por meio de testamento.¹⁴⁴

Logo, o (a) companheiro (a) sobrevivente auferirá meação dos bens comuns e parte destes adquiridos onerosamente na vigência da união estável, não tendo direitos, contudo, em relação aos bens particulares do *de cuius*, o que para Zeno Veloso incorre em uma ilogicidade que rompe o sistema.¹⁴⁵

Entende o autor a qualificação como herdeiro necessário não poderia ser estendida ao (a) companheiro (a), contudo, obviamente, há controvérsia.

Ana Luiza Nevares concebe que a resolução da questão passa por uma leitura constitucional da legislação civil, segundo a qual

“Conclui-se que a melhor interpretação é aquela que preconiza ser o companheiro herdeiro necessário nos limites estabelecidos pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002, mantida a quota disponível em toda sua integralidade”.¹⁴⁶

Apesar da omissão legal sobre a questão, compreende-se que há direito sucessório do (a) convivente somente se o (a) *de cuius* faleceu na constância da união estável; a separação fática entre companheiros, portanto, gera o afastamento do direito sucessório ainda que esteja em curso ação de reconhecimento e dissolução da união.¹⁴⁷

Assim era convocada a sucessão proveniente de união estável:

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;

¹⁴⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 215.

¹⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1.784 a 1.856) / coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56.

¹⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176.

¹⁴⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 216.

- 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.¹⁴⁸

Conforme se observa no caput do artigo, o (a) convivente sobrevivente participaria do patrimônio adquirido onerosamente na vigência da união estável, e não da integralidade deste, independentemente do regime patrimonial aplicável - comunhão parcial de bens ou outro convencionado entre as partes.

Ressalta o autor que a aquisição onerosa que limita o patrimônio da herança refere-se a bens adquiridos a título oneroso, independente da forma de aquisição, vez que se leva em conta o “acréscimo patrimonial efetivo ou real que se identifica a parcela da herança na qual participará o companheiro sobrevivente”.¹⁴⁹

O companheiro seria chamado na primeira classe de preferência concorrendo com os descendentes, sendo irrelevante o regime patrimonial. Na falta destes, há concorrência com os ascendentes.

O ponto mais polêmico do artigo é o inciso III, o qual determinava que na ausência de descendentes e ascendentes privaria-se o companheiro de receber a totalidade da herança, ante a imposição da concorrência com os colaterais até o 4º grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos). Portanto, verifica-se que houve retrocesso em relação às leis editadas após a Constituição Federal.

O pior, para Hironaka, foi a recriação do privilégio dos colaterais até o quarto grau, que concorriam com o (a) companheiro (a) sobrevivente na 3ª classe da ordem de vocação hereditária. Apenas na falta desses parentes sucessíveis, receberá o (a) convivente sobrevivente a totalidade da herança por direito próprio. Para a autora, é absurdo privilegiar relações mais distantes em detrimento de uma mais próxima, que o (a) *de cuius* tinha com seu (sua) companheiro (a), com o (a) qual, nas palavras de Zeno Veloso, manteve uma comunidade de vida. Ademais, família afetiva é em tudo comparável à família conjugal. O Código Civil, neste sentido, distanciou-se da realidade social.¹⁵⁰

Compreende Veloso que a família atual tem se contraído, transformando-se em uma família nuclear, com predominância dos laços de afetividade, enquanto a família

¹⁴⁸ BRASIL. Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2.002. **Código Civil**. Disponível em: <<https://goo.gl/WRgdLo>>. Acessado em 15/09/2017.

¹⁴⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 217.

¹⁵⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1.784 a 1.856)** / coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56-57.

consanguínea, mas distante, muitas vezes encontra-se fragmentada. Não raro, na rotina das grandes cidades, parentes colaterais não convivem uns com os outros ou mal se conhecem.¹⁵¹

Com base na doutrina de Canotilho, Zeno Veloso faz referência ao Princípio da proibição de retrocesso social o qual formula-se do seguinte modo:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.¹⁵²

Assim, ante o retrocesso da regulação atual do regime sucessório dos (as) companheiros (as) em relação às leis infraconstitucionais que ordenavam a matéria antes da promulgação do Código Civil de 2.002, defendia o doutrinador a reforma do Código nesta matéria.

Segundo o inciso IV do artigo 1.790, na ausência de parentes sucessíveis, o (a) companheiro (a) finalmente poderia receber a totalidade da herança, lembrando que esta “totalidade” se resume aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável¹⁵³. De acordo com Cahali, ainda pode existir concorrência, desta vez com o Poder Público, se existir patrimônio particular do falecido, que seria herança jacente.¹⁵⁴

No que se refere aos critérios de distribuição da herança presentes no artigo estudado, observava-se o estipulado a seguir:

- concorrendo o (a) companheiro (a) com descendentes comuns, teria quota idêntica aos que herdariam por cabeça;
- concorrendo *somente* com descendentes do de cujus, receberia 50% do caberia a cada um dos herdeiros por cabeça ou representação¹⁵⁵;

¹⁵¹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Saraiva, 2010. Recurso online. ISBN 9788502144583. p. 181.

¹⁵² Idem. p. 182.

¹⁵³ Zeno Veloso entendia que o inciso IV do art. 1.790, abria uma exceção ao *caput*, o que significa que o (a) companheiro (a) herdaria os bens adquiridos onerosa e gratuitamente durante a união estável, auferindo todo o acervo hereditário do *de cujus*, mitigando a concorrência com o Município. p. 184.

¹⁵⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 218.

¹⁵⁵ Cahali sugere, para realização dos cálculos, que se multiplique o número de filhos por dois,

- concorrendo com filhos comuns e do (a) de cujus, para Cahali, segue-se a regra dos filhos comuns, porque esta situação não se encaixa na hipótese do inciso anterior, que prevê a concorrência *apenas* com filhos do autor da herança. Tal questão é bastante controversa na doutrina, cujas soluções vão desde o uso de fórmulas matemáticas para a definição do quinhão dos filhos exclusivos e comuns à aplicação do inciso III do art. 1.790;
- concorrendo com ascendentes ou colaterais, herdaria sempre um terço da herança;
- na falta de colaterais até o 4º grau, o (a) companheiro (a) herdaria a limitada integralidade da herança.

3.3. O direito real de habitação na união estável – instituto revogado ou vigente?

Francisco Cahali traz à tona outra questão muito discutida, que se refere ao direito real de habitação e o usufruto viual em favor do (a) companheiro (a) e se estariam vigentes no atual Código Civil. Defende que houve revogação do artigo 7º da Lei 9.278/1.996 e dos incisos II e III do art. 2º da Lei 8.971/1.994 por incompatibilidade com o Código, vez que este teria regulado inteiramente a matéria sucessória da união estável, dispondo, inclusive, que os (as) conviventes participariam da sucessão do (a) outro (a) nas condições do art. 1.790 - que não trouxe as prerrogativas acima citadas, as quais, de certa forma, representavam uma forma de se participar da herança.¹⁵⁶

Em geral discutem os doutrinadores se os respectivos direitos permanecem no ordenamento, se cumulam-se e se devem ser aplicados alternativamente, conforme existir ou não o direito à meação.¹⁵⁷

Para Hironaka, isto gera a necessidade de se fazer uso da analogia, vez que o direito é garantido ao cônjuge, tomando o parágrafo único do artigo 7º deste diploma como não revogado.¹⁵⁸

somando-se um ao resultado, que representa o (a) companheiro (a) sobrevivente. Assim, havendo 3 filhos, tem-se $6+1=7$. Cada descendente herdaria $2/7$, enquanto o (a) companheira receberia $1/7$ da herança. p. 219.

¹⁵⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 220.

¹⁵⁷ Idem. p. 221.

¹⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1.784 a 1.856)** / coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56.

Compreende Nevares que, no tocante às Leis nº 8.971/1.994 e 9.278/1.996, considerando que o Código Civil nada estipula sobre elas diretamente, não há como cogitar a hipótese de revogação expressa. Houve revogação tácita, vez que o Código regulou toda a matéria sucessória dos companheiros.¹⁵⁹ Advoga, contudo, em favor da interpretação analógica, porque neste caso, união estável e casamento encontram-se em situações equiparadas, sendo injustificáveis quaisquer discriminações.¹⁶⁰

Fachin, por sua vez, defende que o art. 7º da Lei 9.278/1996 é vigente ante o silêncio do Código Civil a respeito do direito real de habitação dos (as) companheiros (as).¹⁶¹

Esta tese foi acolhida na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Estudos Judiciários da Justiça Federal no período de 11 a 13.09.2002, aprovando-se proposta de enunciado elaborada por Gustavo Tepedino, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Ana Luiza Maia Nevares:¹⁶²

Enunciado 117 – Art. 1.831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6.º, caput, da CF/1988.

Heinig concorda que a omissão representa um retrocesso e é inconstitucional, por excluir da família não matrimonializada um instituto protetor de seus membros. Porém, defende que houve revogação do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996 pelo CC/02, porque este teria regulado toda a sucessão dos (as) companheiros (as).

Para o autor não houve esquecimento por parte do legislador, mas uma opção em privilegiar o casamento em face da união estável, conforme revelam as conclusões do relatório final do projeto de Código, que serão analisadas no próximo capítulo.¹⁶³ Portanto, não haveria que se falar em lacuna.

Entende que o art. 1.790 deveria ter mantido, no mínimo, a proteção garantida pelas Leis n. 8.971/1.994 e 9.278/1.996, que estavam em consonância com os objetivos do §3º do art. 226 da Lei Maior¹⁶⁴.

¹⁵⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176.

¹⁶⁰ Idem. p. 179.

¹⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro**. Soluções práticas - Fachin. vol. 2. p. 39-57. Jan 2012. DTR\2012\393. p. 4.

¹⁶² HEINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro - a inconstitucionalidade do artigo 1.790**. Revista dos Tribunais. vol. 931/2013. p. 117. Maio 2013. DTR\2013\2713. p. 13.

¹⁶³ Idem. p. 14.

¹⁶⁴ Art. 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

Para Zeno Veloso era inadmissível o (a) companheiro (a) supérstite poder cumular os direitos de usufruto e de habitação, sendo que o (a) cônjuge teria uma benesse ou outra.¹⁶⁵

Declara que o Código Civil de 2002 não mencionou o direito real de habitação na união estável por opção, de acordo com o espírito da lei, assim, “não se trata de um esquecimento, de uma lacuna, mas de um *silêncio eloquente*, de uma exclusão pensada e deliberada. Portanto, estaria revogado tacitamente o art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/1.996”.¹⁶⁶

Aduz que ou se aplicava a analogia com o art. 1.831 do Código Civil ou o referido artigo 7º, para aqueles que sustentam uma interpretação mais humanitária da norma.

Conclui Cahali, assim como Veloso, que “parece-nos ter dado o legislador de 2.002 sinais evidentes de afastar a união estável do casamento na seara sucessória. Se assim é, e sendo omissos quanto àqueles direitos, consideramos ter sido intencional restringir a participação do companheiro sobrevivente aos limitados termos do art. 1.790”.¹⁶⁷

Também é passível de discussão o artigo 1.830 do Código Civil, o qual, em uma interpretação literal, atribui, em algumas hipóteses, direito sucessório ao cônjuge separado de fato do *de cuius*. Neste sentido, Cahali defende o afastamento deste para que eventual companheiro (a) do falecido seja prestigiado e herde. Contudo, o (a) cônjuge em tela não poderá ser privado (a) de meação sobre patrimônio adquirido durante o casamento, aos quais não tem direito o (a) companheiro (a).

3.4. Uma análise comparativa entre os regimes sucessórios do (a) cônjuge e do (a) companheiro (a)

Desde que os efeitos sucessórios do concubinato passaram a ser regulados, seja pelo Código Civil de 1.916 ou pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, estes eram distintos das consequências sucessórias do matrimônio.

Em momento anterior ao Código Civil de 2.002, os direitos sucessórios destas

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

¹⁶⁵ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Saraiva, 2010. Recurso online. ISBN 9788502144583. p. 160.

¹⁶⁶ Idem. p. 162.

¹⁶⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 221.

entidades familiares eram bastante semelhantes¹⁶⁸, com exceção dos direitos ao usufruto legal e real de habitação, os quais poderiam ser deferidos simultaneamente ao (a) companheiro (a) sobrevivente, enquanto para o (a) cônjuge casado (a) no regime da comunhão parcial de bens ou de separação total, caberia somente a concessão do usufruto vidual ou parte da propriedade plena de herança, nos termos do art. 1.611, do Código Civil de 1.916. Vale lembrar, ainda, que o (a) cônjuge era herdeiro (a) facultativo, por disposição expressa do art. 1.725.

Se o regime de bens do matrimônio era o da comunhão universal de bens, caberia apenas o direito real de habitação em relação ao imóvel de residência da família, desde que fosse o único desta natureza a inventariar, conforme o art. 1.611, do CC/16.

Assim, conclui-se que eram garantidos mais direitos à união estável do que ao casamento dissolvido pela morte de um de seus partícipes, uma vez que os (as) companheiros (as) teriam direito ao usufruto vidual, direito real de habitação e seriam herdeiros necessários, em respeito ao inciso III, do art. 2º da Lei nº 8.971/94.¹⁶⁹

Vale questionar, neste momento, como esta lógica se inverteu com o advento do Código Civil de 2.002, por intermédio de uma comparação do antigo regime do art. 1.790 e do art. 1.829, que tratam da sucessão no âmbito da união estável e do casamento, respectivamente.

a) Herdeiro necessário x herdeiro facultativo

O Código Civil vigente alçou o (a) cônjuge à categoria de herdeiro necessário, cabendo-lhe metade dos bens da herança quando não estiver concorrendo com descendentes e ascendentes do *de cuius*.¹⁷⁰

O (a) companheiro (a) supérstite, por sua vez, como dito anteriormente, participa somente da sucessão dos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável; se ausentes do acervo hereditários esta categoria de bens, nada receberá o (a) convivente.¹⁷¹

¹⁶⁸ Ambos ocupavam a mesma posição na ordem de vocação hereditária, tendo direito à totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes. Concorrendo com descendentes tinham direito a receber quota mínima de um quarto da herança e de metade desta caso concorra com ascendentes. (art. 2º, I e III, L. 8.971/94 e art. 1.611 do CC/16)

¹⁶⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 180.

¹⁷⁰ Idem. p. 181.

¹⁷¹ Ibidem. p. 181.

É claro o retrocesso desta disposição em relação aos mandamentos das Leis 8.971/94 e 9.278/96 e, para Nevares, constitui uma “discriminação injustificável”, vez que não encontra-se regra semelhante na sucessão do cônjuge, que poderá herdar a totalidade do patrimônio.¹⁷²

Vale ressaltar que a Lei nº 8.971/94, em seu artigo 2º, inciso III, consagrou o (a) companheiro (a) como herdeiro necessário¹⁷³, prerrogativa que não foi repetida no Código Civil de 2.002.

Entretanto, aduz Nevares que apesar de o artigo 1.845 excluir o (a) companheiro (a) do rol herdeiros necessários, simultaneamente deixou de incluí-lo (a) no artigo 1.850, que permite somente o afastamento dos colaterais da sucessão, fato que possibilitaria, junto a uma interpretação constitucional, integrar os (as) conviventes àquele conjunto. Discorda desse posicionamento o doutrinador Francisco Cahali, conforme já mencionado acima.

b) Concorrência com os descendentes comuns e exclusivos do autor da herança

Na concorrência com descendentes, o (a) cônjuge, se não casado (a) pelo regime da comunhão universal, da comunhão parcial de bens sem bens particulares ou da separação obrigatória, tem a prerrogativa de receber quinhão de, no mínimo, $\frac{1}{4}$ da herança, sendo ascendente dos seus concorrentes.¹⁷⁴

Verifica-se, ainda, que estes concorrem com os descendentes do autor da herança somente quando existirem bens particulares, observado o regime de bens, enquanto na sucessão dos (as) companheiros (as) a concorrência com todos os parentes sucessíveis atinge os bens comuns.

Caso exista meação para o (a) cônjuge sobrevivente, não há concorrência com descendentes, se todos os bens forem comuns; para o (a) companheiro (a), a existência de meação não afasta a concorrência, sem que haja uma boa razão para essa diferença, segundo Veloso.¹⁷⁵

¹⁷² NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 224.

¹⁷³ Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

¹⁷⁴ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Saraiva, 2010. Recurso online. ISBN 9788502144583. p. 181.

¹⁷⁵ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Saraiva, 2010.

Aborda o autor a permissão concedida pelo mencionado art. 1.725 do CC, de que os (as) companheiros (as) estipulem, para sua relação, o regime da separação de bens. Neste cenário, o patrimônio de cada um é incomunicável, sendo estes donos, possuidores e administradores exclusivos de seus bens, independente da forma de aquisição. Logo, não há bens comuns.

Vale ressaltar, contudo, que isto não exclui os direitos sucessórios do (a) companheiro (a) sobrevivente, este (a) apenas não terá direito à meação. Cita o autor, ainda, julgado do Supremo Tribunal de Justiça que estabeleceu que o regime da separação obrigatória de bens, legalmente imposto no matrimônio de pessoas idosas, aplica-se às uniões estáveis.¹⁷⁶

No caso do (a) companheiro (a) supérstite, concorrendo com os descendentes comuns, receberá quinhão igual a estes; sendo os descendentes exclusivos do falecido, atribui-se ao sobrevivente metade do que caberá a cada um deles. Afirma Naves, que no presente caso, inferiorizou-se o vínculo afetivo em face do de consanguinidade, *a contrario sensu* do dever de solidariedade que permeia as relações familiares.

Concebe Fachin, que era impossível aplicar os incisos I a III do art. 1.790 de forma compatível com o restante da legislação sucessória e os mandamentos constitucionais.¹⁷⁷ Isto porque os incisos I e II preveem cada qual uma situação - a concorrência com filhos comuns ou exclusivos do autor da herança - olvidando-se o legislador de determinar as consequências jurídicas da ocorrência simultânea das duas hipóteses na realidade fática. Apesar de a matemática fornecer uma solução plausível à questão, os dispositivos, em uma primeira leitura, hierarquizam entidades familiares.

Na polêmica divisão do acervo hereditário entre companheiro (a) sobrevivente e filhos comuns e exclusivos do de cujus, Veloso faz menção a proposta do jurista e matemático Gabriele Tusa e sua “fórmula Tusa”, assim, o sobrevivente recebe “um coeficiente que quantifique, justamente, a proporcionalidade entre as duas qualidades, condicionadas pela quantidade de filhos de cada modalidade”.¹⁷⁸

Recurso online. ISBN 9788502144583. p. 169.

¹⁷⁶ STJ - REsp: 1090722 SP 2008/0207350-2, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 02/03/2010, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 30/08/2010.

¹⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro. Soluções práticas - Fachin. vol. 2. p. 39-57. Jan 2012. DTR\2012\393. p. 6.

¹⁷⁸ VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. São Paulo. Saraiva, 2010. Recurso online. ISBN 9788502144583. p. 177.

c) Concorrência com os ascendentes

Ao concorrer com ascendentes, o (a) cônjuge tem reservado $\frac{1}{3}$ do acervo hereditário independentemente do regime de bens, havendo apenas ascendentes de primeiro grau. Se houver somente um ascendente ou de grau mais distante, tem o (a) cônjuge direito à metade da herança.¹⁷⁹

Na concorrência com ascendentes ou colaterais até o quarto grau, recebe o (a) companheiro (a) sobrevivente $\frac{1}{3}$ da herança, observando-se a limitação do *caput* do art. 1.790.

Em síntese, o (a) convivente sobrevivente, ao concorrer com apenas um genitor do *de cuius* ou com parentes de grau mais distante, como avós ou bisavós, da mesma forma herdará um terço do acervo hereditário, enquanto o (a) cônjuge, na idêntica situação, receberia metade da herança, sendo os $\frac{2}{3}$ que sobraram divididos entre os ascendentes.¹⁸⁰

Ressalta-se que na ordem de vocação hereditária, ausentes ascendentes e descendentes, no casamento, herda o (a) cônjuge a *herança integral*, afastando os colaterais, enquanto o (a) convivente disputa o acervo hereditário não somente com os dois primeiros, mas com os colaterais até o quarto grau¹⁸¹, posicionamento absolutamente incongruente da legislação civil, segundo Navares, haja vista que nessa hipótese herda o (a) cônjuge a totalidade do monte partível.

Segundo Silvio Rodrigues,

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento.¹⁸²

d) Direito real de habitação

Em qualquer regime de bens o (a) cônjuge sobrevivente possui direito real de habitação, por disposição expressa do art. 1.837 do Código Civil. Não há no mesmo

¹⁷⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 181.

¹⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1.784 a 1.856)** / coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 66.

¹⁸¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 182.

¹⁸² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2.002. p. 119.

previsão semelhante para a união estável.

e) Conclusão

Por meio desta sucinta comparação observa-se que no atual sistema, as uniões matrimonializadas possuem mais direitos sucessórios do que as uniões não matrimonializadas, caso da união estável, salvo na hipótese apontada por Ana Luiza Nevares, quando há apenas bens adquiridos a título oneroso durante a união estável e o (a) companheiro (a) concorre com descendentes comuns, isto porque, além da meação, receberia uma quota idêntica a estes. No mesmo exemplo, contudo, em um casamento regido pela comunhão parcial ou universal de bens, o (a) cônjuge teria direito apenas à meação, por disposição do art. 1.829, inciso I.¹⁸³

A respeito do tema, curiosamente apregouo Silvio Rodrigues:

O Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão. **Não tenho dúvida em dizer que o art. 1.790 terá vida muito breve, isto se não for alterado durante a *vacatio legis* do Código.**¹⁸⁴

No mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em obra escrita durante a *vacatio legis* da nova legislação civil, sugeriu que os artigos que tratam dos direitos sucessórios dos companheiros fossem reformados.¹⁸⁵

Opina a autora que sendo o casamento e a união estável entidades familiares igualmente reconhecidas, praticamente igualadas, com especial proteção do Estado, tidas como base da sociedade, a diferenciação do tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro (a), é oposta ao sentimento e aspirações sociais, bem como “fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais”.¹⁸⁶

3.5. Exame civil-constitucional do regime sucessório da união estável

¹⁸³ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 182.

¹⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2.002. p. 119-120.

¹⁸⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1.784 a 1.856)** / coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

¹⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1.784 a 1.856)** / coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58.

Resta saber, assim, se estas diferenças coadunam-se com uma análise constitucional da legislação civil. Para tanto, Nevares sugere uma reflexão a respeito de eventual hierarquia axiológica entre as entidades familiares, sendo, nesta hipótese, o casamento a entidade superior, que mereceria prioridade e limitaria a concessão de direitos às modalidades de família restantes.¹⁸⁷

Entende a autora que o Código Civil de 2002 não incorporou em seu texto as alterações promovidas pelo Constituinte no que se refere ao Direito de Família, deixando de compreender o indivíduo em sua dimensão humana para manter a lógica abstrata, geral e patrimonialista do Código anterior, no qual a família “legítima” era a matrimonializada.¹⁸⁸

São exemplos à negligência em relação ao texto constitucional a ausência de um estatuto das famílias monoparentais, as quais encontram-se à margem do sistema, assim como regime sucessório inadequado e discriminatório estabelecido para a união estável.¹⁸⁹

Segundo a autora, o §3º do art. 226, o qual determina que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, é a regra que confirmaria a suposta superioridade do matrimônio em relação às demais entidades familiares. Tal entendimento possibilita uma concessão maior de direitos aos casados, simplesmente por terem oficializado sua união e torna o regime do casamento uma espécie de “teto”, vez que não possui limite, aos estatutos das outras entidades familiares.

Por esse motivo, ao longo da história recente da união estável, prerrogativas à ela concedidas pela lei foram analisadas como inconstitucionais por não serem garantidas também ao casamento, como ocorreu com o direito real de habitação, na vigência do Código de 1.916 e das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.¹⁹⁰

Defende Nevares que a posição que prega a superioridade axiológica do casamento é inconstitucional. Discriminar a opção pela união estável contraria o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, por prever privilégios injustificados a indivíduos em situações semelhantes, considerando que todas as modalidades de família, por fim, têm função idêntica, qual seja, desenvolver a personalidade de seus membros.¹⁹¹ Portanto, ambas as famílias devem ter o mesmo

¹⁸⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 184.

¹⁸⁸ Idem. p. 194.

¹⁸⁹ Idem. p. 195.

¹⁹⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 198.

¹⁹¹ Idem. p. 201.

grau de proteção e a mesma relevância no sistema jurídico brasileiro.

Destaca a autora, sintetizando argumentos de Lobo e Tepedino, que o ato formal do casamento realmente gera maior segurança jurídica para as relações jurídicas que se formarão a partir dali, contudo, facilitar a conversão da união estável em matrimônio não significa criar famílias de segunda e primeira classe, mas conceder uma oportunidade de extensão do regime jurídico das relações formais à (então) relação informal. Os (as) companheiros (as) que optam em seguir em uma união estável têm proteção constitucional completa.¹⁹²

A principal diferença entre casamento e união estável é seu modo de constituição – enquanto o casamento depende de ato formal e solene, a união consensual é uma situação fática verificada *a posteriori*, por isso a necessidade de regulamentações diversas. Em sua essência, contudo, são relações idênticas, baseadas no afeto, solidariedade e respeito. Concebe a autora que casamento e união estável devem ter os mesmos direitos quantos aos pontos em que se identificam, ante o princípio da igualdade.¹⁹³

Haja vista que o direito sucessório é guiado pelos princípios da convivência familiar e pelo dever de solidariedade entre os membros da família, a sucessão legal pressupõe que o (a) sucessor (a) integre a entidade familiar do autor da herança, independente de qual seja esta, considerando a igualdade constitucional.¹⁹⁴ Assim, é injustificável conceder tutelas sucessórias discrepantes para união estável e casamento devido as suas diferenças de constituição ou porque a união consensual deve ter sua conversão em matrimônio facilitada.

Afirma Nevares que

Pode-se dizer que as relações entre cônjuges e aquelas entre os companheiros são idênticas em sua essência, baseadas em semelhantes vínculos de amor, solidariedade e respeito. Internamente, portanto, cônjuge e convivente ocupam a mesma posição, estabelecendo uma relação de comunhão de vida e espírito, a partir da partilha de esforços, alegrias e sofrimentos na construção de uma vida em comum.¹⁹⁵

Portanto, defende em sua obra que os direitos sucessórios concedidos ao (a) cônjuge e o (a) companheiro (a) devem ser os mesmos, observadas as relações

¹⁹² Idem. p. 202-203.

¹⁹³ Idem. p. 213-214.

¹⁹⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 216.

¹⁹⁵ Idem. p. 217.

patrimoniais verificadas entre os consortes. Para tanto, seria necessário harmonizar os direitos sucessórios em geral do Código Civil de 1.916, pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e pelo Código Civil de 2.002.¹⁹⁶

Entende Veloso que o legislador regulou a união estável satisfatoriamente nos artigos 1.723 a 1.726 do Código Civil, “sintetizando as conquistas, a evolução, o estado da matéria na sociedade brasileira”. Entretanto, o mesmo não pode se dizer do tratamento concedido à sucessão da união estável; diz o doutrinador não conhecer um só autor que não critique ou elogie a lei civil neste ponto.¹⁹⁷

Se o espírito do Código Civil foi de priorizar o matrimônio em face da união estável, conforme defendido acima, é notável o esforço da legislação infraconstitucional posterior à Constituição de 1.988 de equiparar a situação sucessória dos companheiros com a dos cônjuges. Todavia, para o autor supracitado, quando as leis estavam consolidando-se, sendo bem aceitas na sociedade e com discordâncias “pontuais e secundárias” da doutrina, o novo Código inverteu toda a lógica causando um “desastre”.¹⁹⁸

Luiz Edson Fachin, ao ressaltar a semelhança estrutural entre as entidades familiares, defende que os laços de afetividade e solidariedade recíprocos que ligam cônjuges ou companheiros (as), não são destoados ou densificados pelo formalismo do casamento, portanto, injustificável privilegiar o (a) cônjuge supérstite na sucessão em prejuízo do (a) companheiro (a) sobrevivente.¹⁹⁹

Logo, defende o doutrinador que a parificação dos direitos sucessórios destes é o caminho para constitucionalizar o atual direito das sucessões.²⁰⁰ A “nítida e perniciosa” diferenciação dos regimes sucessórios, segundo Fachin, provém da influência das antigas discriminações originárias do direito de família no direito das sucessões.²⁰¹ Segundo o autor, tal condição representa um

desacordo injustificado com o paradigma constitucional, incongruência que sequer deveria restar inclusa no corpo da atual codificação civil ao tempo de sua nascença; tolerar sua permanência no presente e no porvir representa inconcebível vendar de olhos para a realidade que aí está²⁰²

¹⁹⁶ Idem. p. 220.

¹⁹⁷ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Saraiva, 2010. Recurso online. ISBN 9788502144583. p. 164.

¹⁹⁸ Idem. p. 165.

¹⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro**. Soluções práticas - Fachin. vol. 2. p. 39-57. Jan 2012. DTR\2012\393. p. 5.

²⁰⁰ Idem. p. 6.

²⁰¹ Idem. p. 8.

²⁰² Ibidem.

Sendo impossível compatibilizar as disposições do art. 1.790 com o artigo 226 da Constituição Federal, estas deveriam ser extirpadas do ordenamento jurídico, vez que não é cabível sua conformação por meio da interpretação sistemática, de acordo com autor citado.

4. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – UM ESTUDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.964

O terceiro e último capítulo do presente trabalho será reservado para o estudo do Recurso Especial nº 878.694²⁰³, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, culminando na declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2.002, que dedicava-se, conforme já visto nos capítulos anteriores, a regular a sucessão no âmbito da união estável, de forma discriminatória e insuficiente em relação ao regime sucessório matrimonial.

4.1. Breve síntese fática e tramitação do Recurso Extraordinário nº 878.694

O caso inicia-se com a propositura da ação declaratória de reconhecimento de união estável *post mortem* c/c com petição de herança e direito real de habitação, ajuizada pela ex-companheira do *de cuius*. A união extinguiu-se com o falecimento deste, após praticamente 9 anos de duração.

O falecido não possuía ascendentes ou descendentes, somente três irmãos. Relatou a requerente que na vigência da união estável foram adquiridos diversos bens por esforço comum, como veículos, imóveis, fundos de investimentos, aplicações, entre outros. Além disso, listou os bens adquiridos gratuitamente antes do relacionamento.

Nessa oportunidade, requereu a autora a meação dos bens adquiridos onerosamente durante a união, com fulcro nos artigos 1.725 e 1.658 do Código Civil, bem como defendeu a inaplicabilidade e a inconstitucionalidade do artigo 1.790, baseando-se na proteção constitucional às entidades familiares, entre as quais está contida a união estável. Alegou que vários Tribunais reconheceram a igualdade entre cônjuges e companheiros, aplicando à sucessão destes o art. 1.829, referente à sucessão das famílias matrimonializadas.

No tocante ao direito real de habitação, pugnou a requerente pelo reconhecimento deste direito com base no Enunciado nº 117, mencionado no capítulo anterior e citado nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que entendiam pela concessão desta prerrogativa aos conviventes.

Para além da meação, requereu a autora que fosse declarada como herdeira

²⁰³ Autos da ação principal, dados sobre a tramitação, petições de *amici curiae* e votos dos Ministros disponíveis em: <<https://goo.gl/qzofF2>>. Acesso em 03/09/2017.

universal dos bens adquiridos de forma gratuita.

Na contestação, apresentada por um dos irmãos, alegou-se, em relação ao pedido de petição de herança, falta de interesse processual, vez que inexistia inventário para partilhar os bens do *de cuius*. Ademais, defendeu-se a aplicação do inciso III do art. 1.790, segundo o qual herdariam os irmãos $\frac{2}{3}$ dos bens adquiridos na vigência da união estável, recebendo a requerente $\frac{1}{3}$ deste.

A respeito dos bens particulares do autor da herança – adquiridos de forma gratuita, declarou que não havia direitos sucessórios por parte da autora por disposição legal expressa. Defendeu, assim, a improcedência da ação nos moldes iniciais.

O Juízo competente reconheceu a falta de interesse de agir da parte requerente no tocante ao pedido de petição de herança e considerou incontroversa a convivência *more uxorio* das partes, com a formação de patrimônio comum. Considerou que o tratamento discriminatório dispensado pelo art. 1.790 era injustificável, deixando de aplicar o referido dispositivo. Desta forma, excluiu os colaterais da sucessão, concedendo à autora, o direito à totalidade da herança e o direito real de habitação, empregando a analogia com o art. 1.831, que garantiu este direito às famílias matrimonializadas. Logo, a ação foi julgada parcialmente procedente.

O irmão que contestou interpôs apelação, insistindo na aplicação do artigo 1.790, limitando-se a herança da apelada a $\frac{1}{3}$ dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Ao julgar o recurso, o Tribunal considerou a decisão a respeito da constitucionalidade – ou não do artigo em discussão essencial para o deslinde da controvérsia, portanto, encaminhou o processo ao Ministério Público antes de submetê-lo à Turma Julgadora. Este, por seu turno, juntou aos autos parecer de não intervenção no feito.

O Tribunal suscitou incidente de inconstitucionalidade, tendo o Ministério Público estadual considerado indiscutível a inconstitucionalidade do artigo 1.790, pugnano pela procedência do incidente. Posteriormente, o Ministério Público defendeu o não provimento do mesmo, devido à manifestação neste sentido do Órgão Especial do Tribunal, que considerou que o art. 1.790 não confrontava a Constituição.

Assim, deu-se provimento ao recurso de Apelação interposto pelo irmão do *de cuius*. Diante disso, a companheira sobrevivente interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra o Acórdão proferido pelo Tribunal. Os irmãos apresentaram suas contrarrazões.

O Ministro Relator do recurso, Luiz Roberto Barroso, suscitou a Repercussão Geral da questão constitucional trazida ao Tribunal. Entendeu que o debate a respeito da validade das regras que tratam diversamente os direitos sucessórios dos (as) cônjuges e companheiros (as), diferenciando as famílias não matrimonializadas das matrimonializadas tem natureza constitucional, principalmente à luz do §3º do art. 226 da Constituição Federal.

Argumentou que a repercussão geral do recurso se dá por razões sociais, vez que a questão refere-se a proteção jurídica das relações familiares em um momento de dor, devido à perda de um parente querido, a qual pode gerar desamparo emocional, financeiro e jurídico, por sua relação com a “especial proteção” concedida às entidades familiares pelo Estado. Outrossim, a mesma discussão permeia um sem número de outros processos, cabendo à Corte Superior orientar a atuação do sistema judiciário em casos similares.

O Tribunal, unanimemente, qualificou como constitucional a questão, bem como reconheceu a repercussão geral desta, acompanhando o Relator.

O Ministério Público Federal emitiu parecer²⁰⁴ posicionando-se pelo desprovimento do Recurso extraordinário, por entender que o inciso III do art. 1.790 não é incompatível com o texto constitucional, haja vista que o casamento e a união estável são entidades familiares diferenciadas pela própria Constituição, portanto, nada impede que estas tenham regimes de bens e sucessórios distintos, os quais servem aos interesses pessoais das partes, comandados pela autonomia da vontade.

Citou o entendimento do Tribunal estadual que decidiu pela constitucionalidade do dispositivo em tela, qualificando o casamento como o “paradigma” do Direito de família – tanto que o constituinte determinou que a conversão da união estável em casamento fosse facilitada; aduzindo que o tratamento diferenciado não viola o princípio da igualdade, porque cônjuges e companheiros (as) não viveriam em situações idênticas, permitindo a desequiparação e, além disso, afirmou que os colaterais podem ser afastados da sucessão pelo autor da herança via testamento, nomeando seu (sua) companheiro (a) como herdeiro (a) universal, auferindo, assim, seus bens particulares e da meação.

Ainda, acrescentou o MPF que casar-se ou conviver em união estável são expressões da autonomia da vontade. Se esta última opção é escolhida pelas partes é porque atende as necessidades e anseios destes ou porque prefere-se a

²⁰⁴ Parecer nº 179011/2015, de 16 de setembro de 2015 - ASJCIV/SAJ/PGR. Recurso Extraordinário 878.694 - MG.

informalidade da união estável em comparação com as regras rígidas e a solenidade do casamento, ainda que as regras sucessórias aplicáveis àquela sejam menos vantajosas do que as destinadas ao matrimônio.

Defendeu que apesar do retrocesso das disposições do Código Civil de 2.002 em relação à Lei nº 8.971/1.994, no qual o (a) companheiro (a) supérstite estava a frente dos colaterais na ordem de vocação hereditária, não há discriminação tendo em vista que, dependendo do regime de bens adotado no casamento, este pode ser desvantajoso em relação à união estável. Como, por exemplo, no caso dos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória ou da comunhão parcial, nos quais o (a) cônjuge não concorre com descendentes se o falecido não houver deixado bens particulares.

Conclui o raciocínio alegando que

Uma interpretação normativa com viés estritamente patrimonial, comparando-se o quantitativo de cada herança em cada regime e, ainda, em cada situação em particular, revelaria que em uma situação ou outra este ou aquele regime seria mais adequado ou mais justo neste ou naquele aspecto.

Tal processo levaria a um nivelamento entre todos os regimes, já que nenhum poderia ser mais favorável ou desfavorável por violar o princípio da isonomia. Esse exercício faria ruir todo o edifício construído pelo legislador positivo.

Desta forma, considerou o Procurador-Geral que a recorrente teria direito a $\frac{1}{2}$ da herança, para além da meação dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável.

Destaca-se que Recurso Extraordinário em causa semelhante ao processo aqui analisado tramita no STF, sob o número 646.721, tratando-se, contudo, da sucessão dos (as) companheiros (as) em uniões estáveis homoafetivas.

4.2. As posições dos *amici curiae* e a decisão do Supremo Tribunal Federal

Com a decisão que declarou a repercussão geral da matéria discutida no Recurso Extraordinário em estudo, três instituições ligadas ao Direito de família intervieram no processo como *amici curiae*, o IBDFAM, o IAB e a ADFAS.

Segundo Didier Jr., *amicus curiae* é “o terceiro que, espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer

subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão”²⁰⁵. O Código de Processo Civil de 2.015 foi o primeiro a regular esta intervenção de terceiro, por intermédio de seu artigo 138.²⁰⁶

Tornou-se possível em qualquer processo, “desde que se trate de causa relevante, ou com tema muito específico ou que tenha repercussão social”, podendo ser pessoa natural, pessoa jurídica ou entidade especializada com *representatividade adequada*, avaliada pela relação entre o *amicus curiae* e a relação jurídica litigiosa.

A intervenção é autorizada pelo órgão jurisdicional, de ofício ou a requerimento das partes ou do ente interessado, sendo que a decisão daquele, admitindo ou não a intervenção, é irrecorrível.

Dito isso, serão expostos, de forma sintética, os argumentos contrapostos do IBDFAM e da ADFAS em suas respectivas intervenções no Recurso Extraordinário em análise.

4.2.1. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

O Instituto, representado por Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, seu presidente e vice-presidente, respectivamente, e por Ronner Botelho Soares, advogado, iniciou sua manifestação apresentando o histórico do concubinato, até chegar à denominação de união estável, ressaltando as injustiças sofridas pelas famílias não matrimonializadas. Mencionou que as primeiras regulamentações após a Constituição de 1.988, ou seja, posteriores ao reconhecimento da igualdade entre as entidades familiares, pretendiam igualar os direitos sucessórios da união estável e do casamento, por meio das Leis 8.971/1.994 e 9.278/1.996, as quais empreenderam um considerável avanço em comparação com o regime anterior.

Narrou o retrocesso trazido pelo Código Civil de 2.002, que diferenciou completamente os regimes sucessórios, em detrimento ao destinado aos (as) companheiros (as). Afirmou que esta diferenciação viola os princípios da não hierarquização das entidades familiares, da não discriminação, da igualdade e da

²⁰⁵ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** / Fredie Didier Jr. - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. vol. 1. p. 523.

²⁰⁶ Art. 138. *O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.*

vedação ao retrocesso.

No mais, advogou contra a diferenciação sucessória que privilegia a família matrimonializada em face da não matrimonializada, dando origem a uma desigualdade inconstitucional. Pugnou pela equiparação entre os direitos sucessórios dos (as) cônjuges e companheiros (as).

O IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros, por meio de seu presidente Técio Lins e Silva, trouxe argumentos semelhantes aos do IBDFAM, além dos presentes no corpo deste trabalho, requerendo o provimento do pedido deduzido em sede de Recurso Extraordinário em Repercussão Geral, com o reconhecimento da disparidade e iniquidade do tratamento entre os direitos sucessórios dos (as) companheiros (as) e dos (as) cônjuges e a declaração de inconstitucionalidade dos incisos I, II e III do art. 1.790.

4.2.2. ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões

A associação, representada por sua presidente Regina Beatriz Tavares da Silva, trouxe à discussão o princípio da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, segundo o qual, supostas violações à Constituição Federal devem ser flagrantes e incontestáveis para serem invalidadas, o que para a interveniente não ocorre no caso do art. 1.790. Assim, o ordenamento jurídico tem que ser interpretado para conformar os dispositivos sem gerar inconstitucionalidades.

Critica a autora o chamado *solipsismo constitucional*, o uso da Constituição para se impor como inconstitucional o que gostaria que assim fosse por interesses ou opiniões pessoais, somado a constitucionalização dos ramos do Direito, criando-se argumentos amparados em uma *constituição imaginária*, ignorando-se o espaço conformado pela legislação ordinária.

Declarou a interveniente que no tema de repercussão geral em tela não há mandamento constitucional que motive a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Logo, na ausência de moldura constitucional explícita para a matéria, a sucessão hereditária determinada pelo legislador ordinário deve ser respeitada, vez que este possui a devida autorização para exercer sua competência legislativa.

Defende que a norma constitucional protetora das entidades familiares serve para evitar que o Estado provedor de direitos sociais e benefícios legais discrimine as diversas modalidades de família. Além disso, as demais limitações ao poder

regulamentador do legislador ordinário são:

- (i) que o casamento civil deve ter gratuidade;
- (ii) que o casamento religioso para ter efeitos civis deve seguir os parâmetros da lei ordinária;
- (iii) que a união estável tem natureza monogâmica e que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento;
- (iv) que deve haver igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal;
- (v) que o casamento é dissolúvel;
- (vi) que há liberdade no planejamento familiar;
- (vii) que o Estado deve assegurar assistência à família e coibir a violência doméstica;
- (viii) que é dever da família, da sociedade e do Estado a proteção às crianças jovens e adolescentes;
- (ix) que há absoluta igualdade entre os filhos;
- (x) que há o dever da família, da sociedade e do Estado de amparo aos idosos.

Concebe a autora, portanto, que na ausência de qualquer restrição constitucional destinada ao poder legislador ordinário, relativa ao direito sucessório (salvo no que se refere ao direito fundamental de herança²⁰⁷), esta é uma matéria que não está sujeita à ordem constitucional, tendo caráter eminentemente privado, inexistindo limites à regulação deste.

Acrescentou que, caso fosse a vontade do Constituinte evitar a desequiparação entre o regime sucessório do casamento e da união estável, teria o feito de forma expressa, como procedeu em relação à igualdade entre os filhos.²⁰⁸

Entende que no tocante à moral, dignidade, honorabilidade, fidelidade e “demais valores morais, sociais e jurídicos”, não há diferença entre o casamento e a união estável. Tampouco existe, de acordo com a ADFAS, violação ao princípio da igualdade devido à existência de regimes sucessórios diversos para cada entidade familiar.

Isto porque, primeiramente, estas não foram igualadas, devendo-se, portanto, evitar igualar situações desiguais, sob pena de se gerar injustiças graves, principalmente em termos sucessórios. É essencial para a interveniente que as particularidades de cada entidade familiar sejam consideradas no momento de

²⁰⁷ Conforme art. 5º, XXX, da Constituição Federal.

²⁰⁸ Art. 227. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

definição dos direitos das pessoas nelas inseridas.

Concebe que a constituição da união estável no plano dos fatos justifica a limitação do monte partível, formado pelo patrimônio adquirido na constância da união – presumidamente conquistado pelo esforço comum, conforme o *caput* do art. 1.790, que seria combinado com os artigos 1.725 e 1.658 a 1.666 do Código Civil, os quais tratam dos bens comunicáveis pelo regime da comunhão parcial de bens.

Alega que não se pode concluir, *a priori*, que os direitos sucessórios do (a) companheiro (a) serão sempre desvantajosos em face dos do (a) cônjuge, vez que isto apenas verifica-se caso a caso.

Cita Wilson Ricardo Ligiera²⁰⁹, o qual aduz que a intenção do legislador, ao regulamentar a sucessão foi, no casamento, não deixar o cônjuge desamparado quando não tivesse meação, enquanto na união estável foi permitir que o (a) companheiro (a) herdasse somente do patrimônio o qual contribuiu na construção. Ressalta que tais critérios são distintos, mas não melhores ou piores entre si.

Ainda, entende a interveniente que é necessário respeitar o direito das pessoas à liberdade de não submeter-se aos efeitos sucessórios do matrimônio ou à intervenção do Estado, sendo prejudicial estabelecer as regras do casamento a quem não as escolheu. Argumentou que a união estável, em regra, tem caráter temporário, servindo como uma etapa anterior ao casamento.

Diante disso, defendeu a Associação a constitucionalidade do artigo em análise.

4.2.3. Trâmite no Supremo Tribunal Federal

Na data de 31/08/2016, posteriormente ao voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, o qual deu provimento ao recurso, o acompanharam os Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux e Celso de Mello, bem como as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia; o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos. Nesta oportunidade os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes estavam ausentes justificadamente.

Em 30/03/2017 votou em sentido contrário o Ministro Dias Toffoli, motivando o pedido de vistas do Ministro Marco Aurélio. Nesta data o Tribunal, por maioria e

²⁰⁹ LIGIERA, Wilson Ricardo. **A incompreendida constitucionalidade da sucessão na união estável no Código Civil brasileiro**. In: Revista de Direito de Família e das Sucessões. vol. 3. ano 2. p. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2015.

seguindo o voto do Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2.002, estipulando que o regime ora aplicável é o do art. 1.829 da mesma lei, que refere-se à sucessão dos (as) cônjuges. Foram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio que votaram negando provimento ao recurso.

O Tribunal Pleno julgou, por fim, o mérito da questão em 10/05/2017, fixando-se tese nos seguintes termos:

“É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”.

Apesar de a decisão ter ocorrido em maio do presente ano, observa-se que ainda não há acórdão completo do Recurso Extraordinário disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal, tampouco os votos definitivos dos Ministros. Assim, serão apresentados os argumentos dos Ministros Fachin, Dias Toffoli e Barroso, destacando-se os inéditos neste trabalho.

4.2.4. Voto do Relator Luís Roberto Barroso

Afirmou o Relator que a controvérsia constitucional contida no Recurso Extraordinário em análise resume-se no seguinte questionamento: “é legítima a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável?”

Fez referência ao caso concreto, no qual a companheira supérstite teve sua herança limitada a um terço dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, que seriam auferidos pelos irmãos do *de cuius*. Ressalta-se que estes receberiam também os $\frac{2}{3}$ restantes do acervo hereditário. Entretanto, se fosse casada com o falecido, receberia a recorrente a totalidade da herança.

Destacou como a questão é controvertida nos Tribunais brasileiros, haja vista que o TJSP e o TJMG concluíram pela constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2.002, enquanto o TJRJ manifestou-se pela inconstitucionalidade.

Verifica-se que o Ministro relator percorreu em seu voto todo o caminho histórico do reconhecimento da união estável como entidade familiar, bem como a evolução do seu direito sucessório, até o momento de involução, representado pela

promulgação do Código Civil atual, por meio do art. 1.790, temas que não serão neste capítulo referidos com o intuito de evitar repetições.

Ao listar as principais diferenças entre os regimes sucessórios das entidades familiares estudadas, alega que o fato de o (a) companheiro (a) ser herdeiro (a) somente quando é meeiro (a) não é compatível com o caráter protetivo da sucessão, vez que em relação a esses bens – adquiridos na vigência da união, já teria o (a) companheiro (a) direito à meação.

Além disso, declarou o relator que, em regra, o quinhão recebido pelo (a) companheiro (a) é bastante inferior ao que seria recebido pelo (a) cônjuge no regime sucessório do matrimônio. O caso dos autos em estudo, neste sentido, é simbólico. Dois terços da herança seriam destinados aos irmãos do *de cujus*, mas poderiam, da mesma forma, na ausência destes, ser recebidos por um tio-avô, primo ou sobrinho-neto, nos termos do inciso III do art. 1.790, fato que contraria ainda mais a lógica do Direito das sucessões.

Constata Barroso, desta forma, que há uma “discrepância não razoável entre o grau de proteção legal do cônjuge supérstite e do companheiro supérstite”. O primeiro tem amplos recursos para lidar com um momento de vulnerabilidade psicológica e econômica, o que não ocorre em relação ao segundo, menos protegido pela legislação civil.

Defende, contudo, que o objetivo do legislador ordinário em colocar o casamento em patamar superior ao da união estável encontra obstáculos na complexidade do Direito das sucessões e dos diversos regimes de bens. Assim,

A distinção de regimes sucessórios estabelecida pelo CC/2002 desprotege o companheiro em inúmeras situações, retirando-lhe direitos que já haviam sido conferidos por lei, ao mesmo tempo que em outras situações, privilegia a união estável, protegendo o companheiro, mesmo que involuntariamente, de forma mais intensa que o cônjuge.

Outro exemplo, para além dos expostos neste trabalho, resume-se na hipótese de o *de cujus* deixar descendentes comuns, tendo todo seu patrimônio sido adquirido onerosamente durante a união estável, inexistindo, portanto, bens particulares, com o regime de bens sendo o da comunhão universal, da separação obrigatória ou da comunhão parcial. Neste caso, para além da meação, o (a) companheiro (a) receberia uma quota equivalente a que por lei for atribuída a cada filho comum. Nessa mesma hipótese, se as partes fossem casadas, o (a) cônjuge supérstite não herdaria nada.

Argumentou o Ministro Relator, ainda, que inexiste hierarquia constitucional

entre as formas de família, nos termos já trazidos pela presente monografia. Questiona-se se as diferenças entre casamento e união estável justificam a disparidade no tratamento sucessório de cônjuges e companheiros (as).

Por intermédio de um exercício de exegese do artigo 226 da Constituição Federal, Luís Roberto Barroso concluiu que existem situações de desequiparação legítimas e ilegítimas entre as entidades familiares, sendo que o critério de definição desta legitimidade é a ocorrência – ou não – da hierarquização de uma modalidade familiar em relação à outra, “desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos”.

Afirma o Ministro que se a diferenciação legal baseia-se nas características inerentes às particularidades de cada entidade familiar, aquela é legítima. As diferentes formas de comprovação do casamento e da união estável, por exemplo: o primeiro, por seu caráter solene e formal, pode ser atestado por meio de uma certidão matrimonial, enquanto a segunda é verificada por meio da comprovação de uma relação pública, constante e prolongada no tempo, visando a constituição de família. Mesmo que as partes optem por registrar a união em um Cartório, este possui caráter declaratório e não constitutivo. Por isso, a Constituição teria facilitado sua conversão em casamento, para aumentar a segurança jurídica das relações que lhe são provenientes. Apesar disso, essa diferenciação no modo de comprovação não afeta a proteção estatal conferida a cada um dos modos de constituição familiar.

Declara Barroso que além de impor uma hierarquização inconstitucional entre as entidades familiares, o art. 1.790 viola o Princípio da dignidade da pessoa humana, por influenciar a decisão existencial de formar uma família de uma forma ou outra.

Segundo o Ministro, a existência de regimes sucessórios diversos para o matrimônio e a união estável restringe a autonomia de se optar por um ou outro regime e, tendo em vista, que, em regra, os (as) companheiros (as) têm menos direitos sucessórios do que os (as) cônjuges, há um ônus maior imposto às famílias em união estável. Desta forma, se induziria quem deseja apenas conviver, por motivos pessoais, a casar-se, para aumentar a incidência da proteção sucessória em relação ao seu (sua) parceiro (a) de vida.

Rejeita o relator o argumento de que a diferença entre os regimes sucessórios decorre da autonomia da vontade, vez que as partes poderiam escolher um deles conforme seus planos de vida. Afinal, a autonomia da vontade protege, de acordo com o Ministro, a opção entre um e outro tipo de entidade familiar e não entre regimes sucessórios. Aduz o autor do voto que:

Pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não resume-se à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade. É pensar de forma anacrônica e desprestigiar o valor intrínseco da família, restringindo-a a um aspecto meramente patrimonial, como costumava ocorrer preteritamente à Constituição de 1.988.

No mais, o fato de que as uniões estáveis ocorrerem com mais frequência nas classes menos favorecidas e esclarecidas da população explicita a necessidade de não se distinguir os regimes sucessórios, sob pena de prejudicar os que mais precisam da proteção estatal e sucessória, para a manutenção do núcleo familiar sobrevivente.

Ainda, infringe o Princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, referente a ideia de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. No presente caso, dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas, o (a) companheiro (a) pode ser privado dos recursos indispensáveis para seguir com sua vida de forma digna.

Outrossim, o Princípio da vedação do retrocesso também é desrespeitado pelo dispositivo do Código Civil, conforme já defendido nos capítulos anteriores deste estudo, o referido princípio, segundo Barroso, impede “a edição de legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor”, de forma a atingir o núcleo essencial deste.

Ante o exposto, concluiu o Ministro relator pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02 por violar a igualdade entre as famílias, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, assim como os Princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente. Entendeu que a solução mais acertada, com a retirada do art. 1.790 do Código Civil do ordenamento jurídico, é aplicar à sucessão dos (as) companheiros (as) o art. 1.829 da legislação civil, destinado à sucessão dos (as) cônjuges, cujos direitos sucessórios serão estendidos aos (as) companheiros (as).

Haja a vista a enorme repercussão social da decisão, entendeu por bem Barroso modular os efeitos da aplicação do referido entendimento, o qual será adotado nos “processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim, como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública”.

Para os fins de repercussão geral, assentou a respectiva tese:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/02, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/02.

4.2.5. O voto vencido do Ministro Dias Toffoli

O Ministro Toffoli entendeu não existir a inconstitucionalidade apontada pelo Ministro Relator, isto porque a Constituição Federal não igualou as entidades familiares do casamento e da união estável e tampouco as consequências jurídicas da escolha de uma ou de outra espécie desta. Assim, a Carta Maior autorizaria o estabelecimento de regimes distintos, tendo que ser respeitada a decisão individual de casar-se ou conviver em união estável, garantindo-se que os efeitos desta opção sejam cumpridos.

Alegou que a diferenciação trazida pelo Código Civil não é desarrazoada, vez que nos debates para a redação da atual legislação civil os motivos para o tratamento diferenciado foram expostos.

Assim, Dias Toffoli menciona em seu voto parágrafos do documento “Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turno”, publicado pelo Senado Federal em 2.012, retirados dos fundamentos para a aprovação da Subemenda de Redação do Relator Geral nº 56, Deputado Ricardo Fiúza, ocorrida após parecer final pela aprovação emitido pelo Senador José Fogaça, que afirma

É de reconhecer que persiste uma certa desigualdade de tratamento sucessório entre os cônjuges no regime matrimonial e entre os companheiros numa união estável. Nesse particular, qualquer dos cônjuges pode suceder ao de cujus na categoria de herdeiro necessário (art. 1.857), podendo inclusive concorrer, dependendo do regime de bens existente, com os ascendentes e até mesmo com os descendentes.

Rejeitada que seja a emenda senatorial, o companheiro sobrevivente de uma união estável não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios atribuídos ao cônjuge sobrevivente. Entretanto, aceito que seja o texto emendado, ocorrerá justamente o oposto, passando a companheiro a deter maiores direitos sucessórios do que aqueles deferidos ao cônjuge.

Cuide-se, todavia, da necessidade de em matéria de direito sucessório ser disciplinada a presença do convivente, no rigor dos efeitos jurídicos decorrentes do instituto da união estável, o que

perfaz razão relevante para a não supressão da emenda.

Por outro lado, não se pode admitir que o convivente tenha tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, mesmo porque este não foi o espírito do constituinte de 1988.

A própria formulação do texto constitucional já é suficientemente elucidativa a esse respeito: "... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (CF, art. 226, § 3º).

É como se a união estável fosse tomada como um *caminho* para o matrimônio, ou quando muito como um matrimônio *incompleto*, muito embora já constituísse por si mesma, nos termos da regra constitucional, uma "*entidade familiar*". **A natureza modelar do casamento, sua irrecusável preeminência, reflete-se no Projeto, bastando assinalar, a esse respeito, que na área do Direito de Família a disciplina da união estável se limita a cinco dispositivos seqüenciados (arts. 1.737 e 1.739), e na área do Direito das Sucessões é contemplada com um único dispositivo específico (art. 1.814), além de dois outros aplicáveis tanto aos cônjuges quanto aos companheiros (arts. 1.871 e 1.817).**

A comparação que se estabeleça entre os preceitos relativos ao matrimônio e as regras disciplinadoras da união estável, constantes do Projeto, demonstra, à primeira vista, a superioridade numérica das primeiras em relação às últimas.

Somente há pouco institucionalizada pela lei civil, a disciplina da união estável tem inegável natureza tutelar, e representa o reconhecimento legal de um fato consuetudinário que se aproxima do modelo matrimonial.

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto *instituição meio* – quanto o casamento – enquanto *instituição fim* - na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento *mais* estável do que a *estabilidade* da convivência duradoura. Nulidades, anulabilidades, separação, divórcio, figuras indissolúvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem, ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável.

Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável" (destaques do voto).

Portanto, concebe o Ministro que a desequiparação, naquele momento

histórico, foi intencional, para que não se aniquilasse a liberdade de quem optou pela relação informal em detrimento do regime formal do casamento, o que acontece desde os anos 1.960, principalmente por parte dos mais jovens, ansiosos por uma maior liberdade nas relações familiares em face do Estado.

Rechaçou o argumento que a liberdade de escolha para formalizar a união é mitigada diante dos custos, tendo em vista que a gratuidade do casamento foi garantida a quem preenche os requisitos legais definidos no art. 1.512 do Código Civil e nas leis estaduais, além da organização de casamentos comunitários pelo país.

Reiterou que a norma que estabelece regimes distintos não hierarquiza, apenas ressalta que tratam-se as famílias matrimonializadas e as não matrimonializadas de entidades familiares diversas.

No tocante ao Princípio da proibição ao retrocesso, concebe que possui aplicação somente quando a restrição ao direito fundamental – no caso, ao de herança, ultrapassa o limite de seu núcleo essencial, o que não seria o caso na hipótese em análise.

Declarou que cabe neste caso a aplicação da máxima jurídica *in dubio pro legislatore*, que para alguns autores, como Juan Antonio García Amado, citado pelo Ministro, “é, em verdade, uma regra de preferência quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador”.

Por fim, negou provimento ao recurso extraordinário, alegando que se, no futuro, razões fáticas e políticas demandarem a alteração do art. 1.790 do Código Civil, esta deve ser feita no espaço democrático próprio, com os devidos debates no Congresso Nacional, discutindo-se as alternativas ao dispositivo, bem como seus impactos na sociedade.

4.2.6. Os votos dos outros Ministros

Como dito anteriormente, o Recurso extraordinário em análise não teve seu acórdão publicado no *site* do Supremo Tribunal Federal, de modo que se optou por examinar e expor, de forma mais completa, os argumentos dos votos que foram encontrados em outros meios, quais sejam, os dos Ministros Barroso, Fachin e Dias Toffoli.

Todavia, partes das sessões de julgamento do recurso em tela encontram-se

disponíveis no Youtube²¹⁰, o que possibilitará uma breve menção aos votos dos outros Ministros e Ministras da Suprema Corte.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello acompanharam o voto divergente do Ministro Dias Toffoli. O Ministro Marco Aurélio, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 646.721, que trata de matéria idêntica ao de nº 878.694 (em análise), nas relações homoafetivas, declarou que a diferenciação é constitucional e apropriada, não cabendo ao intérprete da norma alterá-la ou atribuir efeitos não desejados pelas partes que optaram pela união livre. Ressalta que a posição privilegiada dos colaterais, na sucessão do art. 1.790 do Código Civil, pode ser afastada por testamento, em favor do (a) companheiro (a).

O Ministro Lewandowski, por sua vez, destacou o Princípio do *in dubio pro legislatore*, conforme já mencionado por Dias Toffoli, demonstrando sua concordância também com a manifestação do Procurador-Geral de Justiça a respeito da controvérsia.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Teori Zavascki, Luiz Fux, Celso de Mello e Alexandre de Moraes, bem como as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia.

O Ministro Fux ressaltou a importância dos laços de afetividade no atual Direito de família e sucessões, que se sobrepõem aos laços consanguíneos, que não devem prevalecer no momento da divisão da herança. Defendeu que as leis infraconstitucionais que regulamentavam a união estável e seu regime sucessório foram perfeitamente aceitas pela sociedade, tendo o Código Civil sido promulgado já desatualizado nesta matéria.

Celso de Mello, por sua vez, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02 fazendo referência principalmente aos princípios da igualdade, não discriminação, liberdade e isonomia. Da mesma forma, argumentaram a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Alexandre de Moraes, aduzindo a violação ao princípio do retrocesso pelo artigo estudado.

Por seu turno, o Ministro Fachin destacou como as relações conjugais são idênticas, sendo descabidas as diferenciações pela simples formalização ou não da união. Afirmou que o modelo de conjugalidade não se confunde com o regime de bens, e que as diversas formas de comunhão de vida são diferentes em sua constituição, mas sempre uma família, desta forma, não há razão para diferenciar seus efeitos sucessórios.

²¹⁰ <https://goo.gl/DphPCJ> e <https://goo.gl/W21hRB>.

4.3. Análise crítica do art. 1.829

Como se vê no item anterior, por maioria, o art. 1.790 do Código Civil foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte; na mesma oportunidade, aprovou-se tese em repercussão geral. Esta determinou que o art. 1.829, relativo à sucessão dos (as) cônjuges, fosse aplicada também para os (as) conviventes.

Diante disso, entende-se pertinente uma breve revisão às disposições deste regime sucessório, vislumbrando que será aplicável também aos (as) companheiros (as).

4.3.1. Sucessão decorrente do casamento

A concorrência sucessória do (a) viúvo (a) com descendentes e ascendentes, é condicionada a variáveis como regime de bens, existência de bens particulares, incidência sobre patrimônio específico, ocorrência de filiação híbrida, entre outras.

Entende Francisco Cahali que o Código Civil de 2.002 teve sua tecnicidade prejudicada pela variada possibilidade de combinações de elementos jurídicos ou situações fáticas (existência de bens particulares e de filhos, por exemplo), podendo ser injusto em alguns casos, quando a união estável torna-se mais atrativa no tocante aos efeitos sucessórios em favor do (a) viúvo (a).

A inconformidade da doutrina em relação ao Direito das sucessões trazido pelo Novo Código juntou-se às mais variadas interpretações jurisdicionais, fomentando as divergências e conflitos. Por este motivo, defende Cahali uma alteração legislativa.²¹¹

a) Paradigma do Código Civil de 1.916

No direito pré-codificado, dava-se prioridade aos colaterais até o décimo grau, sendo remota a possibilidade de convocação do cônjuge. Com a Lei Feliciano Pena, nº 1.839/1.907²¹², este ascende à terceira posição da ordem de vocação hereditária, a frente dos colaterais. O CC/16 manteve esta ordem. A Lei do Divórcio²¹³ no entanto,

²¹¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 186.

²¹² BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1.907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Disponível em: <<https://goo.gl/GQSnKu>>. Acesso em 20/10/2017.

²¹³ BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1.977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/6PBeQN>>. Acesso em 15/10/2017.

criou a concorrência entre o cônjuge e eventuais filhos adulterinos do autor da herança.

Com o Estatuto da Mulher Casada²¹⁴ foram criados benefícios para o matrimônio, como o usufruto viual ou direito real de habitação ao (a) viúvo (a). O (a) cônjuge seria chamado a suceder na ausência de parentes na linha reta, afastando os colaterais, independente do regime de bens, desde que no momento da morte do autor da herança não estivesse dissolvida a sociedade conjugal por sentença transitada em julgado, conforme o art. 1611 do CC/16. Era herdeiro facultativo, podendo ser privado da herança por disposição de última vontade.²¹⁵

b) Paradigma atual – Código Civil de 2.002

A depender do regime de bens e da situação patrimonial do de cujus, o (a) cônjuge sobrevivente pode comparecer no inventário também como meeiro (a), preservando 50% da universalidade dos bens comuns, que formam sua meação. Esta não é objeto da sucessão, é de direito do cônjuge em razão do casamento. Caso não tenha direito à meação, pode ser convocado para receber herança ou exercer direito real de habitação, desde que haja matrimônio de fato e de direito.²¹⁶

Conforme já foi explicitado, o Código Civil de 2002 alçou o (a) cônjuge de herdeiro facultativo para herdeiro necessário, como os ascendentes e descendentes (art. 1.845, CC/02), participando, portanto, da herança legítima, caracterizada pela sua indisponibilidade.²¹⁷

Da leitura do artigo 1.829 se verifica que o (a) cônjuge está na primeira classe de preferência, junto aos descendentes, com os quais concorrerá. O mesmo ocorre na segunda classe, concorrendo o (a) cônjuge com os ascendentes. Na falta dos parentes em linha reta, este herda a totalidade do acervo hereditário, privando os colaterais.

O inciso I do referido artigo gera dúvidas por estipular que o (a) cônjuge, ao concorrer com os descendentes, será convocado segundo o regime de bens e no caso

²¹⁴ BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

Disponível em: <<https://goo.gl/qeYLKF>>. Acesso em 10/10/2017.

²¹⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

²¹⁶ Idem. p. 190.

²¹⁷ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

de existir patrimônio particular na vigência de matrimônio celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens – a intenção é dar ao (a) cônjuge direito sobre os bens particulares.²¹⁸

A redação do inciso é truncada, mas, em síntese, quer dizer que, sendo o (a) cônjuge casado (a) pelo regime da separação obrigatória²¹⁹, comunhão universal ou comunhão parcial, sem que o *de cuius* tenha deixado bens particulares, não será convocado para herdar.

Deste modo, será herdeiro quando casado pelo regime da separação convencional ou da comunhão parcial, neste caso, quando se observar a presença de bens particulares do falecido.²²⁰ Afirma o autor que apesar da literalidade da norma esta gera posições antagônicas.

Discute-se se o inciso I do art. 1.829 dá direito ao (a) cônjuge de concorrer com os descendentes do autor da herança sobre todo o acervo hereditário ou sobre apenas bens particulares, posição da maioria da doutrina.^{221 222}

Outra polêmica é se terá o (a) viúvo (a) direito sucessório se casado (a) pelo regime da comunhão universal e o *de cuius* possuir apenas bens particulares.²²³

O primeiro critério de divisão da herança é o presente na concorrência com os descendentes, situação na qual “caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. Concorrendo apenas com filhos exclusivos do autor da herança, o (a) cônjuge herdará montante idêntico a

²¹⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 191.

²¹⁹ *Art. 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 sessenta anos;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

²²⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 192.

²²¹ *Idem*. p. 197.

²²² Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004: “O art. 1.829, I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados nos regimes da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.” PG 198 - ver se tem entendimento novo.

²²³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 198.

estes, ou seja, sendo 4 filhos, cada herdeiro receberá $\frac{1}{4}$ do acervo hereditário.²²⁴

No caso de filho pré-morto, seus descendentes, netos do falecido, herdaram por representação, rateando entre si, de forma igualitária, o que caberia ao seu pai ou mãe (no exemplo dado acima, $\frac{1}{4}$ da herança).²²⁵

Se ascendente de algum dos herdeiros concorrentes, independente do grau, o (a) cônjuge herda por cabeça, devendo ser respeitada sua quota mínima de $\frac{1}{4}$ da herança em seu favor. Portanto, havendo 4 ou mais filhos, herda o (a) cônjuge sobrevivente $\frac{1}{4}$ o acervo hereditário, enquanto $\frac{3}{4}$ deste será partilhado igualmente entre os descendentes.²²⁶

Ressalta Cahali que tal distribuição não é consenso na doutrina, vez que alguns doutrinadores, no caso de filiação híbrida, propõem “outras soluções intermediárias entre a reserva de $\frac{1}{4}$ e a partilha por cabeça entre todos os convocados”.²²⁷

Na falta de descendentes, concorre o (a) cônjuge com os ascendentes do autor da herança, sendo irrelevante o regime de bens do matrimônio. Se concorrer com ambos os genitores daquele lhe caberá $\frac{1}{3}$ da herança; se com apenas um deles, metade desta. Ausentes os pais do de cujus, convoca-se ascendentes mais remotos, como avós e bisavós; neste caso, metade da herança será reservada ao (a) cônjuge, considerando que a outra metade deverá ser partilhada em linha entre aqueles ascendentes.²²⁸

Ausentes parentes na linha reta, o (a) cônjuge está habilitado (a) a receber a herança integralmente, independente do regime de bens do casamento.²²⁹

Ainda, o Código Civil manteve o direito real de habitação ao (a) cônjuge viúvo (a), constituindo vantagem paralela e independente da herança.²³⁰

Segundo Cahali este representa

Direito personalíssimo e resolúvel, extinguindo-se com a morte do titular. Impede a fruição ampla, assim entendida a possibilidade de alugar, ceder em comodato, etc, mas apenas compreende o direito de continuar utilizando diretamente a residência, sem qualquer ônus perante os titulares do

²²⁴ Idem. p. 200.

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 201.

²²⁷ Enunciado 526 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, de novembro de 2011: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”. Posição que Cahali discorda. (PG 201)

²²⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 202.

²²⁹ Idem. p. 202.

²³⁰ Art. 1.831. *Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.*

domínio.²³¹

Note-se que não há no Código atual a proibição de constituir nova união – matrimonializada ou não, como no Código anterior, que “penalizava” esta situação com a perda do direito real de habitação. Assim, os outros herdeiros tornam-se condôminos, não podendo reclamar posse direta, nem cobrar aluguel do (a) cônjuge supérstite.

O (a) cônjuge será convocado (a), nos termos do art. 1.830, se:

Ao tempo da morte do outro não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Ainda que não exista previsão expressa no Código, divorciado (a) também não é herdeiro (a), porque a sociedade conjugal encontrava-se dissolvida no momento da morte do autor da herança, sendo fundamental, para tanto, o trânsito em julgado da decisão declaratória. Se o processo estava em trâmite, há, para Cahali, “potencial direito hereditário”, devendo ser discutido em juízo a possibilidade de exclusão por separação prolongada. Em caso de reconciliação do casal, se faz necessária a regularização judicial.

Na ação de anulação de casamento, sendo este putativo, o (a) cônjuge de boa-fé herdará, porém se após o falecimento do autor da herança se verificar que o outro agiu de má-fé, será privado da convocação. Se transitada em julgado a anulação, extingue o direito de herança, assim como o divórcio e a separação judicial.²³²

Questão delicada é o prazo de dois anos após a separação de fato, no qual o (a) ex-cônjuge ainda possui direitos sucessórios, conforme a literalidade do art. 1.830, principalmente pela exigência de prazo mínimo estar em desarmonia com o restante do Código e por trazer a questão da culpa, pertencente ao direito de família, ao direito das sucessões. Seria um problema de complexa solução se, por exemplo, viesse a ser convocado o (a) companheiro (a) do autor da herança. Por isso, opina Cahali pela extinção da condição de herdeiro ao (a) separado (a) de fato.

²³¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 103.

²³² Idem. p. 205.

4.3.2. Algumas questões controvertidas remanescentes

Com essa concisa abordagem das disposições relativas à sucessão do cônjuge, verifica-se que o art. 1.829 do Código Civil não está livre de polêmicas e discussões doutrinárias e jurisprudenciais, as quais podem ser intensificadas com a extensão de sua aplicação aos (as) companheiros (os). Ademais, dos votos dos Ministros não se depreende expressamente se o (a) companheiro (a) seria herdeiro (a) necessário (a) ou não, assim como o (a) cônjuge.

Ao propor solução diversa à declaração de inconstitucionalidade, Heinig entende que a incompatibilidade do artigo em estudo não provém da suposta ofensa, por parte do dispositivo civil, à equiparação constitucional da união estável ao casamento, mas da proteção sucessória insuficiente oferecida ao (a) companheiro (a) sobrevivente pelo Código Civil.

Portanto, para tutelar de forma adequada os direitos sucessórios dos (as) companheiros (as), a solução não é equiparar seu regime sucessório ao dos (as) cônjuges, o que não foi a intenção da Constituição e tampouco do Código, mas reconhecer a não revogação dos artigos 2º, da Lei nº 8.971/1.994 e 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1.996 pelo CC/02.

Na visão do autor essas leis protegem adequadamente o (a) companheiro (a) sobrevivente (a), sem igualar seu regime ao (a) do (a) cônjuge. A “represtinação” destas – que, note-se, nunca foram revogadas expressamente – seria resultado da referida declaração de constitucionalidade do art. 1.790, que regulava toda a matéria.²³³

Em relação à extensão da qualidade de herdeiro (a) necessário (a) ao (a) companheiro (a), defende o autor supramencionado que toda a construção teórica feita para expor a necessidade de melhorar a proteção sucessória destes “iria por água abaixo caso não se lhe atribuisse tal qualidade”.

Entretanto, Heinig faz uma ressalva, afirmando que alguns autores compreendem que a união estável pressupõe uma maior liberdade do casal, a custo de algumas garantias. Se a única diferença entre esta e o matrimônio for que o (a) cônjuge é herdeiro (a) necessário (a), enquanto o (a) companheiro (a) não o é, faz sentido que a legislação possibilite a existência de uma entidade familiar na qual o (a)

²³³ HEINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro - a inconstitucionalidade do artigo 1.790.** Revista dos Tribunais. vol. 931/2013. p. 117. Maio 2013. DTR\2013\2713. p. 16.

consorte pode ser afastado da sucessão hereditária por meio de testamento.^{234 235}

Assim prefere, por exemplo, Rodrigo da Cunha Pereira, conforme mencionado no final primeiro capítulo deste trabalho e, ao menos do que se lê em seu voto no Recurso extraordinário estudado, o Ministro Fachin.²³⁶

Ressalta-se que nem mesmo a qualidade de herdeiro necessário dos cônjuges é unanimidade na doutrina, principalmente entre os (as) autores (as) que advogam por uma maior liberdade de disposição patrimonial por intermédio de testamento, com a consequente diminuição ou extinção da indisponibilidade de 50% do patrimônio sucessível.

Um desses autores é Marcos Alves da Silva, professor do Centro Universitário Curitiba, segundo o qual o critério da dependência socioeconômica justifica que descendentes e ascendentes sejam herdeiros necessários, mas não o (a) cônjuge. Apesar de, em regra, existir este tipo de relação entre os cônjuges, não é uma vulnerabilidade que sempre pode ser presumida. Ademais, os laços que ligam ascendentes e descendentes são eternos e indisponíveis, diferentemente dos afetivos.

Há algum tempo o divórcio conquistou o status de direito potestativo, as pessoas, portanto, casam e descasam-se, formando as famílias recompostas. Argumenta o autor que, não raro, nestes casos, o regime da separação convencional de bens é adotado para evitar transferências patrimoniais em razão do matrimônio.

Afirma que esta é uma tendência em certos segmentos sociais, haja vista a procura dos casais pela independência econômica, estabilização profissional e financeira, além da libertação da mulher. Desta forma, segundo Alves da Silva o reconhecimento do cônjuge como herdeiro necessário seria uma demanda esgotada.

Declara que o problema não está concentrado totalmente no art. 1.829 – ainda

²³⁴ “Basta imaginar os casos cada vez mais frequentes de “famílias recompostas”, em que cada convivente ou cônjuge traz filhos de relações anteriores. Pode ser de interesse de cada genitor assegurar que, em caso de morte, sua herança seja ao final destinada apenas aos seus descendentes, não correndo o risco de que seja “desviada” por via de seu consorte aos descendentes deste”. p. 17.

²³⁵ HEINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro - a inconstitucionalidade do artigo 1.790**. Revista dos Tribunais. vol. 931/2013. p. 117. Maio 2013. DTR\2013\2713. p. 17.

²³⁶ “Se a informalidade da constituição da relação, a qual, repise-se, exige comunhão de vida para ser família, pudesse justificar direitos diferentes ou em menor extensão, também restaria afastada a incidência de regime de comunhão de bens, quanto aos efeitos inter vivos. **Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, a priori, menos direitos ou diretos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios**”. p. 4.

que este não tenha a melhor redação, mas no art. 1.845, que alçou o cônjuge ao status de herdeiro necessário, devendo, neste sentido, ser reformado. Ressaltou que na ausência de testamento, o (a) cônjuge se manteria na ordem de vocação hereditária definida pelo Código, vez que seria herdeiro (a) facultativo (a).²³⁷

²³⁷ SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: herdeiro desnecessário. Publicado em LinkedIn. 07 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/wD5uR4>>. Acesso em 01/11/2017.

5. CONCLUSÃO

Não é necessário um estudo muito profundo a respeito do Direito das Sucessões para verificar que se trata de matéria especialmente complexa e, infelizmente, mal regulada em nosso ordenamento jurídico, o que é extremamente temerário, considerando o grau de segurança jurídica que a sucessão hereditária necessita para cumprir o fundamento principal do direito sucessório – a proteção da família, afetiva ou consanguínea, independentemente da forma de sua constituição.

Neste trabalho buscou-se analisar os dois principais artigos do Direito das sucessões brasileiro – 1.790 e o 1.829, este último de forma mais sucinta e a título comparativo. A declaração de inconstitucionalidade do primeiro, por intermédio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.964, pelo Supremo Tribunal Federal, atendeu aos clamores da doutrina majoritária, que enxergavam na diferenciação entre os regimes sucessórios uma discriminação injustificável contra os (as) conviventes em união estável, baseada na premissa de que, na essência, constitui entidade familiar idêntica ao casamento.

Simultaneamente, contudo, a referida decisão será muito criticada pelos partidários de uma maior liberdade de disposição dos bens, que enxergavam na união estável uma modalidade de família que mitigava o peso da indisponibilidade da herança legítima, haja vista ser o (a) companheiro (a) herdeiro (a) facultativo.

Aliás, como colocado no último capítulo, esta é uma questão importante a respeito do novo regime da sucessão na união estável. A equiparação do regime, sendo a sucessão tanto do (a) cônjuge quanto do (a) companheiro (a) regidos pelo artigo 1.829, gera, forçosamente, a promoção deste para o rol dos herdeiros necessários?

Se o artigo 1.790 do Código Civil de 2.002 era inadequado do começo ao fim, ao menos para a maioria da doutrina, parte da jurisprudência e para o Supremo Tribunal Federal, como pode se analisar, o artigo 1.829 da legislação civil tampouco é perfeito. Apresenta problemas na redação, que dificultam sua interpretação, gerando, muitas vezes, decisões opostas em casos concretos semelhantes.

A indefinição a respeito da concorrência do (a) cônjuge/companheiro (a) com os (as) descendentes, quando há filiação híbrida, ou seja, filhos comuns do ex-casal e exclusivos do autor da herança, é um de seus problemas. Outro, é o inciso I, que gera controvérsia ao condicionar a concorrência do (a) cônjuge/companheiro (a) com os descendentes a depender do regime de bens do matrimônio e da existência ou não

de bens particulares do *de cuius*. Isto demonstra como incluir variáveis do Direito das famílias no âmbito do Direito das sucessões pode dar espaço à confusão e entendimentos ambíguos às normas sucessórias.

Com tudo isso, quer-se dizer que apesar do artigo 1.790 do Código Civil, rejeitado por – quase – toda uma comunidade jurídica, a sucessão dos (as) companheiros (as), ao que tudo indica, seguirá trazendo desafios hermenêuticos aos Tribunais, à doutrina, aos professores e, claro, aos acadêmicos de Direito.

Tão recente é a decisão que o tempo dirá se tamanha transformação atendeu aos anseios sociais ou pelo contrário, respondeu a uma demanda que não mais existe, prejudicando a livre escolha de algo tão essencial à pessoa humana: a forma que constituirá sua família.

6. BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1.907. **Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato***. Disponível em: <<https://goo.gl/GQSnKu>>. Acesso em 20/10/2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: Acessado em 20/09/2017.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Disponível em: <<https://goo.gl/qeYLFK>>. Acesso em 10/10/2017.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1.977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: <<https://goo.gl/6PBeQN>>. Acesso em 15/10/2017.

BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2.002. **Código Civil**. Disponível em: <<https://goo.gl/WRgdLo>>. Acesso em 03/09/2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2.015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://goo.gl/PWUZFW>>. Acesso em 01/11/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. Disponível em: <<https://goo.gl/2fbCdK>>. Acesso em 05/09/2017.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1.994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Disponível em: <<https://goo.gl/6rUU6m>>. Acessado em 02/09/2017.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer nº 179011/2015, de 16 de setembro de 2015 – ASJCIV/SAJ/PGR. Recurso Extraordinário 878.694 – MG.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** / Fredie Didier Jr. - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. vol. 1. p. 523.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo. Saraiva, 2010. Recurso online. ISBN 9788502144583.

FACHIN, Luiz Edson. **Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro**. Soluções práticas – Fachin. vol. 2. p. 39-57. Jan 2012. DTR\2012\393.

HEINIG, Guilherme Henrique Lima. **Aspectos polêmicos da sucessão do companheiro - a inconstitucionalidade do artigo 1.790**. Revista dos Tribunais. vol. 931/2013. p. 117. Maio 2013. DTR\2013\2713.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões**. vol. 20 (arts. 1.784 a 1.856) / coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **A incompreendida constitucionalidade da sucessão na união estável no Código Civil brasileiro**. In: Revista de Direito de Família e das Sucessões. vol. 3. ano 2. p. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. rev. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. vol. VI. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1.988-1.989.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2.002.

SILVA, Marcos Alves da. **Cônjuge: herdeiro desnecessário**. Publicado em LinkedIn. 07 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/wD5uR4>>. Acesso em 01/11/2017.

STJ – REsp: 1090722 SP 2008/0207350-2, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 02/03/2010, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 30/08/2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. vol. 7. 3. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003, v. 7.