



BRUNO ARNEIRO SOARES

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO: Uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da (in)constitucionalidade das diferenciações estabelecidas pelo Código Civil brasileiro de 2002.

**BRASÍLIA
2017**

BRUNO ARNEIRO SOARES

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO: Uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da (in)constitucionalidade das diferenciações estabelecidas pelo Código Civil brasileiro de 2002.

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família da Escola de Direito de Brasília – EBD/IDP.

BRASÍLIA
2017

Bruno Arneiro Soares

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO: Uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da (in)constitucionalidade das diferenciações estabelecidas pelo Código Civil brasileiro de 2002.

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família da Escola de Direito de Brasília – EBD/IDP.

Orientador: Prof. Cristian Fetter Mold

Integrante: Prof.

Brasília, janeiro de 2017.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é abordar, de maneira crítica, as profundas diferenças existentes entre o cônjuge e o companheiro no tocante ao direito de herança. O artigo 226, §3º, da Constituição da República de 1988, reconheceu a união estável como uma entidade familiar merecedora da mesma proteção estatal conferida ao casamento. Dessa forma, o casal que vive uma relação pública, contínua, duradoura e com o intuito de formar uma unidade familiar está constitucionalmente tutelado.

Apesar desta disposição, a família advinda de uma união de fato é tratada, pela legislação infraconstitucional, de forma distinta daquela entidade formada pelo matrimônio. Os regimes sucessórios aplicáveis ao cônjuge e ao companheiro são nitidamente diferentes, gerando consequências discriminatórias e discrepantes para situações de fato análogas.

Ao longo do presente estudo, serão examinados os artigos 1.790 e 1.829, do Código Civil, pontuando as múltiplas diferenças relativas ao companheiro e ao cônjuge quando da abertura da sucessão de seu falecido consorte, que poderão variar a depender **(i)** do regime de bens adotado; **(ii)** da existência ou não de patrimônio particular; e **(iii)** da existência ou não de filhos comuns ou exclusivos.

O desenvolvimento do estudo conduz à hipótese de constitucionalidade dos regimes sucessórios distintos, conclusão que contraria boa parte da doutrina e da jurisprudência pátria.

A expectativa, no entanto, é que o Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do recurso extraordinário nº 878.694/MG (controle concreto de constitucionalidade), pacifique a discussão e defina uma orientação a ser seguida pelos demais Tribunais, eliminando as incertezas relativas ao assunto.

Palavras chaves: Código Civil. Sucessão. Cônjuge. Companheiro. Constitucionalidade. Inconstitucionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. — Artigo

CC ou CC/2002 — Código Civil de 2002 - Lei nº. 10.406, de 10.01.2002

CC/1916 — Código Civil de 1916 - Lei nº. 3.071, de 1º.01.1916

CF ou CF/88 — Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

MP – Ministério Público

RE — Recurso extraordinário

REsp — Recurso especial

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - A AFETIVIDADE E A UNIÃO ESTÁVEL	9
2 TRATAMENTO SUCESSÓRIO DIFERENCIADO ENTRE O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO – CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS	18
3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694/MG	31
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

O Código Civil em vigor (Lei nº 10.406/2002) estabeleceu regimes sucessórios distintos para aqueles que optam pelo casamento e para aqueles que constituem uma união estável (relação pública, contínua, duradoura e com o escopo de formar família). A matéria está disciplinada, especialmente, nos artigos 1.790 (para a união estável) e 1.829 (para o casamento) do referido Diploma Legal.

Trata-se de tema muito controvertido, cujo estudo é de fundamental importância para o esclarecimento das divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes. A adequada compreensão dessas regras de sucessão permite aos entes de um casal e aos profissionais do direito que porventura os aconselhem tentar enxergar o que seria mais benéfico e atrativo (formalizar um casamento ou manter uma relação estável) a depender das peculiaridades fáticas e consequências sucessórias advindas.

Juristas de renome defendem que esse tratamento desigual entre cônjuge e companheiro ofende princípios constitucionais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e a isonomia, além de violar o artigo 226, §3º, da Carta Magna.

Por outro lado, uma parte da doutrina e da jurisprudência não vislumbra qualquer agressão ao texto constitucional, destacando que o legislador constituinte originário não teria equiparado a união estável ao casamento. Portanto, a escolha (autonomia da vontade) de uma dessas entidades familiares atrairia normas específicas e geraria consequências patrimoniais/sucessórias próprias.

No primeiro capítulo, buscar-se-á tratar da importância do princípio da afetividade na nova configuração do Direito de Família, demonstrando que as relações familiares, hoje, possuem variadas conformações e são orientadas pelos postulados da igualdade, liberdade e solidariedade, o que certamente influencia as questões sucessórias. Será abordada, ainda, a proteção conferida à união estável pela Constituição Federal de 1988, culminando no estudo das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, em face dos direitos por elas atribuídos ao companheiro.

No tocante ao segundo capítulo, este se dedicará a pontuar e explicitar as principais distinções entre o cônjuge e o companheiro no momento da sucessão, segundo as disposições do atual Código Civil. Serão divulgadas posições doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas à

temática enfrentada, algumas defendendo a constitucionalidade dos diferentes regimes sucessórios e outros a sua inconstitucionalidade.

O terceiro e último capítulo será focado no recurso extraordinário nº 878.694/MG, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Tal recurso teve sua repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal e questiona a constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, notadamente a concorrência hereditária do companheiro sobrevivente com parentes colaterais do *de cujus*.

Vale ressaltar que o julgamento do aludido recurso começou em 31.8.2016. Na data de conclusão deste trabalho (16.1.2017), os Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia já se pronunciaram, dando provimento ao RE nos termos do voto do Relator. Ainda não votaram os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli, tendo este último requerido vista dos autos, interrompendo a sessão.

Nesse diapasão, serão analisadas a fundamentação do recurso submetido à Suprema Corte, as manifestações eventualmente apresentadas pelas partes e demais interessados, além dos votos então proferidos.

I. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - A AFETIVIDADE E A UNIÃO ESTÁVEL

A Carta Magna de 1988, batizada de “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães, elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF/88).

A Assembleia Nacional Constituinte, rompendo com um longo período ditatorial, incorporou ao texto constitucional uma série de direitos, garantias e liberdades individuais. A promulgação da Constituição de 1988, além de sepultar o regime de exceção, consolidou a democracia, promoveu avanços sociais e criou mecanismos para o cidadão rechaçar arbitrariedades estatais.

Percebe-se, pois, que a nova Carta Constitucional foi tomada por ideias personalistas, existencialistas, centradas na pessoa humana e na necessidade de se tutelar sua dignidade.

Da mesma forma, a concepção de família sofreu consideráveis alterações. Nesse novo contexto constitucional, a igualdade, a pluralidade, a solidariedade e a afetividade foram eleitas os novos pilares do direito de família.

Somente com a Constituição de 1988, cujo capítulo dedicado às relações familiares pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira. Em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias, proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimoniais, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (caput do art. 226), a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal (§5º do art. 226) e na união estável (§3º do art. 226), a igualdade entre filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§6º do art. 227).¹

A Constituição procedeu à clara opção pelos valores existenciais que exprimem a ideia de dignidade da pessoa humana, em superação do individualismo marcante em nosso ordenamento anterior. Os interesses patrimoniais devem se adequar à nova realidade, pois a pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial.

De todos estes aspectos se depreende a necessária releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Federal.

¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

O direito privado foi despedido da sua carga ideológica para ocupar o papel de regulamentador de determinadas atividades da vida econômica e familiar. Assim, ao contrário de ocorrer o chamado “declínio” ou “crise” do direito privado, o que se afigura é uma verdadeira reconstrução do direito civil para amoldar-se a um novo padrão constitucional que privilegia os valores da dignidade da pessoa humana sobre os eminentemente patrimoniais.²

A propósito das particularidades dessa família moderna, Danilo Porfírio assevera que:

Logo, o paradigma moderno de família basicamente é: a) pluralizada, pois o matrimônio deixa de ser a única fonte de família; b) igualitária, pois o pátrio-poder é substituído pelo poder de família, onde homens e mulheres coabitam em condição de igualdade; c) democrática, dando fim a hierarquização das relações, inclusive entre pais e filhos; hetero ou homoparental, podendo ser constituídas por uniões ou matrimônios entre pessoas de sexos distintos ou do mesmo gênero; d) biológica ou socioafetiva, onde a filiação deixa de ter hierarquia e não se restringe aos laços de sangue ou à adoção, mas a relação pública de afetividade; e) dissolubilidade dos vínculos, fazendo com que os integrantes da família deixem de ser sua pertença (GAGLIANO; PAMPLONA, 2008). O novo paradigma de Direito de Família, portanto, dá fim a uma concepção finalística de família, assumindo papel de meio, um mecanismo de proteção de seus integrantes. A família torna-se assim um instrumento a serviço da dignidade da pessoa, submetendo-se a autonomia da vontade, por meio da afetividade, como condição existencial.³

É importante registrar que, antes do advento da Constituição de 1988, o ordenamento pátrio convivía com um modelo de família baseado na autoridade patriarcal, no matrimônio e focado em questões de natureza pecuniária. Tal família, como regra, só poderia ser constituída pelo casamento, excluindo-se da proteção estatal qualquer outro tipo de conformação ou dinâmica familiar.

Aliás, a ideia de família reproduzida nas Constituições anteriores e na redação original do Código Civil de 1916 se assemelhava muito ao modelo consagrado no Código Napoleônico de 1804. Em outras palavras, a legislação brasileira que regia os direitos de família e sucessões era influenciada pelas características da codificação francesa do início do século XIX.

Dentre essas características, pode-se citar um modelo de família patriarcal/paternalista, excludente, hierarquizada, matrimonializada, família na qual a mulher era claramente

² DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁROZ, Daniel (org). **Tendências constitucionais no direito de família**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003. p. 19.

³ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade**. Disponível em: <<https://sites.google.com/a/criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/danilo>>. Acesso em 10.6.2016.

subordinada ao marido (evidente posição de inferioridade) e os filhos havidos fora do casamento (“bastardos”) eram discriminados e afastados da sucessão do pai biológico.

Carlos Roberto Gonçalves sintetiza bem o arquétipo de família daquela época:

O pater familias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.⁴

Danilo Porfírio descreve as peculiaridades dessa concepção pré-moderna de família, adotada pelo Código Napoleônico, nos seguintes termos:

O Código Napoleônico, em grande parte, foi uma expressão jurídica liberal, mas nas disposições sobre família adotou a pré-modernidade.

Contrariamente a um direito negocial fundado na individualidade, na autonomia da vontade, na isonomia e na mínima intervenção do Estado, o direito de família adotou um modelo originário das tradições jurídicas romana e canônica: a) Matrimonializada, pois a família é constituída pelo casamento; b) Patriarcal, pois a autoridade moral e econômica do pai é mantida, na condição *magister* da família, tendo autoridade sobre filhos (de vida e morte) e sobre a esposa; c) Hierarquizada, sendo a família um espaço de papéis, de competências definidas, tendo um chefe, um senhor, ou seja, o pai; d) Necessariamente heteroparental, não permitindo qualquer manifestação homoafetiva, sendo um tabu, algo antinatural, uma perversão; e) Biológica, reconhecendo prioritariamente a filiação natural dentro dos laços do matrimônio. Logo, os filhos adotivos não possuíam a mesma proteção (primazia da linhagem germânica / categorização dos filhos); f) Indissolúvel, mantendo a tradição católica, o que Deus, e mais a frente o Estado, une, o homem não separa; g) Institucional: a família era uma instituição jurídica e social, possuidora de certa sacralidade, indissolúvel e perene, berço formador da sociedade, onde as pessoas organizavam-se como pertença.⁵

Conforme visto alhures, a promulgação da Carta Constitucional de 1988 modificou radicalmente esse cenário, inclusive no que concerne às formas de constituição de uma entidade

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 6, p. 31.

⁵ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade**. Disponível em: <<https://sites.google.com/a/criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/danilo>>. Acesso em 10.6.2016.

familiar. O paradigma mudou, porque a família passa a ser pautada pela igualdade entre seus membros, pluralidade, afetividade e solidariedade (colaboração, cooperação e auxílio mútuo).

Obviamente, mudanças legislativas pontuais ocorreram antes do advento da CF/88, reproduzindo a evolução do pensamento da sociedade brasileira na seara do direito de família. Para exemplificar essas transformações, vale mencionar a Lei nº 4.121/62 e a Lei nº 6.515/77.

A Lei nº 4.121/62, regulando a situação jurídica da mulher casada, conferiu mais direitos à esposa, minimizando a forte desigualdade que vigorava na família oriunda do matrimônio. A mulher, na constância da sociedade conjugal, deixou de ser considerada relativamente incapaz para o exercício dos atos da vida civil, disposição do CC/1916.

No tocante à Lei nº 6.515/77, esta instituiu a figura do divórcio, instituto que viabilizou a dissolução ou rompimento do vínculo matrimonial após um prévio período de separação judicial ou de fato, hipótese antes inexistente. Até então, o casal só poderia requerer o desquite, interrompendo os deveres matrimoniais e encerrando a sociedade conjugal.

Com a inauguração da nova ordem constitucional, verdadeira mudança de paradigma, o princípio da afetividade passou a desempenhar relevante papel, sendo o principal vetor das relações familiares. Muito embora a CF/88 não a mencione expressamente, “a afetividade é expressão privada do valor sagrado maior da modernidade, a dignidade da pessoa”⁶.

Nestes termos, é salutar afirmar que os laços familiares, hoje, dependem mais da afetividade do que de um *vínculo biológico*⁷, havendo, por exemplo, a desbiologização da paternidade.

O constituinte, como lhe competia, foi muito pragmático e auscultando a realidade social ao redor (costumes, anseios e práticas cotidianas) expandiu o raio de abrangência da família do determinismo biológico para o eixo afetivo. Ao reconhecer a união estável como entidade familiar e dotar-lhe de proteção jurídica nos mesmos moldes do casamento, por exemplo, deixa claro para os seus intérpretes que o afeto, e não apenas a vontade estampada num contrato solene, é o elemento constitutivo da instituição (ou entidade) família. Da mesma forma, vemos que a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho, é uma nova forma de parentesco civil refletindo uma desbiologização da

⁶ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade**. Disponível em: <<https://sites.google.com/a/criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/danilo>>. Acesso em 11.6.2016.

⁷ TARTUCE, Flávio. Novos princípios de direito de família brasileiro. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, Mandamentos, 2008. p. 48.

família.⁸

O princípio da afetividade é importantíssimo, pois consagra a ideia de família não apenas como um grupo formado por membros que compartilham a mesma identidade genética, mas sim como uma entidade social baseada nas escolhas de seus integrantes e na assunção de responsabilidades.

Inspirado no princípio da afetividade, Paulo Lôbo cunhou a ideia de “repersonalização das relações civis no âmbito do direito de família”, segundo a qual há prevalência do interesse da pessoa humana sobre as relações patrimoniais. Acrescentou que a família atual tem como princípios básicos a liberdade, a igualdade, a solidariedade e afetividade.⁹

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento de suas antigas funções para o espaço preferencial de realização dos projetos existenciais das pessoas. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o *locus* por excelência da repersonalização do direito civil.¹⁰

A família, por conseguinte, passou a ser concebida como o espaço ou ambiente destinado à realização da afetividade humana e da dignidade de cada um dos seus membros. A família proporciona um local onde as pessoas se sentem bem, acolhidas e queridas, onde encontram condições ideais para crescer e construir seus projetos de vida (família eudemonista).

Para a atual concepção de família, o afeto ocupa lugar de destaque e desempenha função relevante. Segundo Lôbo, são características comuns a todas as entidades familiares a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade. A afetividade é o requisito principal para a caracterização da entidade familiar. “É o elemento nuclear que define o suporte fático da família, haja vista ser o

⁸ RODRIGUES, João Gaspar. **Princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em 11.6.2016.

⁹ LÔBO, Paulo. Repersonalização das famílias. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004. p. 136/139.

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19

seu fundamento e finalidade”.¹¹ “Também é considerado como o denominador comum das entidades familiares”.¹²

A afetividade não tem previsão expressa na Constituição, mas é um “princípio do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento”.¹³ Dentro da Constituição Federal, a afetividade pode ser extraída de vários dispositivos, tais como:

- a) o princípio da igualdade da filiação, que estabelece que todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a equiparação da adoção, como escolha afetiva, à filiação biológica (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a proteção da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os filhos adotivos (art. 226, § 4º);
- d) o direito à convivência familiar, disposto como prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227); e
- e) a possibilidade de dissolução do casamento ou união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).

Verifica-se, portanto, que a afetividade influenciou e norteou muitas das inovações estabelecidas pela Constituição de 1988 no que concerne aos direitos de família e de sucessões. Daí porque o ordenamento pátrio passou a tutelar a figura da união estável, ou seja, uma relação pública e não eventual entre pessoas livres (ausência de impedimentos), não matrimonializada, pautada pelo afeto, geralmente com coabitação e com descendência comum (requisitos não essenciais), configurando verdadeiro núcleo familiar. A propósito, o artigo 226, §3º, da CF/88 assim dispõe:

¹¹ LÔBO, Paulo. Repersonalização das famílias. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004. p. 151.

¹² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares – uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 520.

¹³ TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em 15.6.2016.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.¹⁴

A união estável ou de fato, caracterizada como uma entidade familiar autônoma oriunda da afetividade, precisava de regulação legal. Destarte, pouco tempo após a Constituição de 1988, surgiram as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, ambas assegurando direitos mínimos aos conviventes, tais como a possibilidade de pedir alimentos ao ex-companheiro, direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência para família, usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo falecido, dentre outros.

A companheira, antes sem nenhum direito sucessório e taxada pejorativamente como concubina, passou a ter maior proteção legal, fazendo jus, inclusive, à totalidade do acervo hereditário no caso de inexistir ascendentes ou descendentes vivos do autor da herança.

Com a Constituição Federal de 1988 foi dado o grande passo, consistente na institucionalização da relação concubinária, elevando a união estável, nova designação desprovida do sentido pejorativo do concubinato, à categoria de entidade familiar, outorgando-lhe especial proteção do Estado.¹⁵

Antes da CF brasileira de 1988, sequer falava-se em sucessão legítima para o companheiro, sendo que as situações eram resolvidas através do Direito das Obrigações e da Súmula 380 do STF, através da partilha dos bens adquiridos em comum. Este entendimento, no Direito Brasileiro, persistiu até o ano de 1994.¹⁶

A título de curiosidade, cumpre destacar que a Lei nº 8.971/94 exigia um tempo mínimo de convivência de cinco anos para a caracterização da união estável, ressalvadas as hipóteses de já existir prole comum. A Lei nº 9.278/96, em seu turno, ignorou esse critério temporal e definiu, logo em seu primeiro artigo, a união estável como sendo uma entidade familiar marcada pela “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”, conceito idêntico ao previsto no artigo 1.723, do vigente Código Civil.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16.6.2016.

¹⁵ CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 207.

¹⁶ BONETTI, Yelba Nayara Gouveia. Da necessidade de igualação da posição do companheiro à do cônjuge no momento sucessório. In: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coord.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões – o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 159.

A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou o artigo 226, §3º, da Constituição Federal, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar asseguraram aos companheiros, dentre outros direitos, o de herdar.

A Lei nº 8.971/94 ampliou, no artigo 2º, III, o rol de herdeiros estabelecidos no artigo 1.603 do Código Civil de 1916 quando determinou a transmissão do patrimônio ao companheiro ou companheira sobrevivente, e não aos colaterais, se inexistissem descendentes ou ascendentes. Como requisito, exigia a referida lei a união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união marital pelo prazo de 5 anos, ou por qualquer tempo, se houvesse prole.

Com o advento da Lei nº 9.278/96 não mais se exigiam todos esses requisitos para caracterização da sociedade de fato. Bastava a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, com a formação de patrimônio.¹⁷

Em suma, a união estável pode ser conceituada como o vínculo fático entre duas pessoas, configurado pela convivência pública, contínua e duradoura, tendo por objetivo a formação de uma unidade familiar. Trata-se de um vínculo fático, pois a sua demonstração não está condicionada à existência de qualquer documento escrito ou ao cumprimento de uma determinada solenidade.

Alguns aspectos, no entanto, precisam ser enaltecidos, quais sejam:

- (i) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, admitiu e reconheceu a união estável homoafetiva;
- (ii) Há casos de uniões estáveis poliafetivas (poliamorismo);
- (iii) Os companheiros podem, no cartório competente, lavrar uma escritura pública de união estável ou celebrar um pacto de convivência (estabelecendo o regime de bens aplicável), providência que certamente garantirá uma maior segurança patrimonial;
- (iv) O Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições legais e regimentais, editou os Provimentos nºs 37 e 52, disciplinando, respectivamente, a forma de registro da união estável perante o Oficial de Registro Civil e o registro de nascimento dos filhos havidos por técnicas de

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 188/189.

reprodução assistida, direito atribuído, inclusive, para companheiros do mesmo sexo.

Acerca do conceito de união estável, Álvaro Villaça de Azevedo aduz que:

A convivência não adúlterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.¹⁸

No que se refere a cada um dos requisitos da união estável, compreende-se **(i)** convivência pública como aquela relação que não é clandestina ou escondida; **(ii)** convivência contínua como aquela sem interrupções relevantes (não há mais um tempo mínimo de convivência); e **(iii)** o desejo de constituir uma família como sendo a intenção motriz dos companheiros.

Diante de todas essas considerações, verifica-se que a CF/88, orientada pelo princípio da afetividade, consagrou a união estável como uma nova entidade familiar dotada da mesma dignidade atribuída ao casamento, não existindo primazia ou hierarquia entre elas. Portanto, a família proveniente da união estável e a família oriunda do matrimônio, além de quaisquer outras conformações familiares (pluralidade), merecem especial proteção do Estado ante a sua fundamental importância para a construção e desenvolvimento da sociedade.

Apesar desse status constitucional, a união estável possui um regramento legal diferenciado em relação ao casamento, especialmente em matéria sucessória. Tais distinções, previstas no Código Civil de 2002, serão esmiuçadas no próximo capítulo deste trabalho.

II. TRATAMENTO SUCESSÓRIO DIFERENCIADO ENTRE O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO – Considerações doutrinárias e jurisprudenciais

O artigo 1.790 do Código Civil, inserido nas disposições gerais do título referente ao direito das sucessões, preconiza que:

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

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

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

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

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.¹⁹

O artigo 1.829, alocado no capítulo que trata da ordem de vocação hereditária, estabelece que:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.²⁰

Da mera leitura dos dispositivos acima transcritos, depreende-se a profunda discrepância entre os regimes sucessórios aplicáveis à união estável e ao casamento. Aliás, causa certa estranheza a opção do legislador em regular a sucessão do companheiro de maneira segregada e em um capítulo introdutório, muito distante do artigo que disciplina a sucessão do cônjuge.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho tecem críticas a respeito desse intrincado e confuso regramento:

¹⁸ AZEVEDO, Alvaro Villaça. **União Estável**. São Paulo: Revista do Advogado n° 58, AASP, São Paulo, março/2000.

¹⁹ BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 6.7.2016.

²⁰ BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 6.7.2016.

Parece-nos relevante, em um capítulo que trata das ‘disposições gerais sobre a sucessão’, trazer à luz uma visão crítica acerca da confusa disciplina codificada sobre este tópico. E a expressão é esta mesmo: ‘confusa’. Para não dizer inconstitucional. Isto se dá pela circunstância de o legislador haver resolvido inserir o regramento da capacidade sucessória do companheiro – de maneira formalmente atécnica e topologicamente equivocada – na parte das Disposições Gerais do livro sucessório.

Note-se que a matéria é típica da regulamentação da sucessão legítima, e não da parte introdutória, o que talvez infira um preconceito sub-reptício em face da união estável.²¹

Flávio Tartuce, de igual forma, não compreende a opção do legislador:

Em relação ao companheiro, não consta expressamente da ordem da sucessão legítima, merecendo um tratamento em separado, como um sucessor anômalo, no artigo 1.790 do Código Civil, outro dos preceitos que figura entre os mais polêmicos da codificação material [...].²²

Afora essa inexplicável inclusão da matéria relativa à sucessão do companheiro e do cônjuge em títulos distintos dentro do Código Civil, nota-se que aquele que opta por viver em união estável só participará da herança do seu falecido consorte em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância do relacionamento. Nesse sentido, o companheiro sobrevivente ficará excluído da partilha do patrimônio construído antes do início da união estável (ainda que não existam outros parentes sucessíveis).

O cônjuge supérstite, por sua vez, herdará os bens particulares deixados pelo falecido a depender do regime de bens adotado no casamento, isso quando concorrer com descendentes do autor da herança. Concorrendo com ascendentes do falecido, o cônjuge, independentemente do regime de bens escolhido, será sempre herdeiro necessário de uma fração do acervo hereditário (bens comuns e particulares). Se só existirem herdeiros colaterais (primos e tios, por exemplo), o cônjuge herdará tudo sozinho, porque na ordem de vocação hereditária figura em classe anterior.

Esse tratamento sucessório desigual é objeto de severos comentários doutrinários:

Em linhas gerais, o dispositivo restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com filhos comuns ou só do falecido; prevê o direito apenas à metade do que couber aos que descenderem somente do

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

²² TARTUCE, Flávio. **O tratamento diferenciado da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil e seus graves problemas. A necessidade imediata de uma reforma legislativa**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI230496,41046-O+tratamento+diferenciado+da+sucessao+do+conjuge+e+do+companheiro+no>>. Acesso em 7.7.2016.

autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido; não beneficia o companheiro com quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros nem o inclui no rol dos herdeiros necessários; concorre com um terço também com os colaterais e só é chamado a recolher a totalidade da herança na falta destes. O cônjuge, porém, prefere aos parentes da linha transversal, com exclusividade.²³

O art. 1.790 do CC/2002 restringiu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro à parcela patrimonial do monte partível que houvesse sido adquirido na constância da união estável, não se estendendo, portanto, àquela outra quota patrimonial relativa aos bens particulares do falecido, amealhados antes da evolução da vida em comum. A nova lei limitou e restringiu, assim, a incidência do direito a suceder do companheiro apenas àquela parcela de bens que houvessem sido adquiridos na constância da união estável a título oneroso. Que discriminação flagrante perpetuou o legislador, diante da idêntica hipótese, se a relação entre o falecido e o sobrevivente fosse uma relação de casamento, e não de união estável!²⁴

Vale lembrar, ainda, que se aplica à união estável, se não houver pacto de convivência, as disposições que regulam a comunhão parcial de bens (regime legal/supletivo também no casamento). Portanto, é perfeitamente possível se deparar com a hipótese de um casal que não tenha acumulado nenhum patrimônio na vigência da união estável e, quando do falecimento de um deles, o outro companheiro nada receberá nem a título de meação e, tampouco, a título de herança.

Tormentosas situações depreenderão desta preceptiva norma, como no caso de um companheiro que viveu durante anos ao lado de outro, somando o afeto e dividindo as dores que decorrem de uma união prolongada, e embora o companheiro falecido tenha amealhado diversos bens antes da união estável, nada conseguiu auferir durante os anos do seu relacionamento. Nessa hipótese, o companheiro remanescente não receberá a meação e pela nova norma de direito sucessório ainda será subtraído o seu direito à herança.²⁵

A companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro, se este não adquiriu (onerosamente!) outros bens durante o tempo de convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada, a não ser que o falecido, vencendo as superstições que rodeiam o assunto, tivesse feito um testamento que a beneficiasse.²⁶

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2011, p. 420.

²⁵ MENIN, Márcia Maria. A Necessidade da Equiparação entre União Estável e Casamento para fins de Direito Sucessório. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A Outra Face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 281/282.

²⁶ VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. Coordenação de Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 2.010.

Ademais, pode-se dizer que o cônjuge, após o advento do Código Civil de 2002, foi alçado a uma posição mais benéfica e vantajosa comparada àquela que gozava no Código Civil de 1916. Tornou-se herdeiro necessário, nos termos do artigo 1.845, do *Codex* Civil, não podendo ser privado da legítima (metade dos bens que compõem o monte hereditário), status esse que não foi conferido claramente ao companheiro (logo, o autor da herança poderia, em tese, simplesmente excluir o companheiro do processo sucessório por completo, através de mera disposição testamentária).

O cônjuge sobrevivente também tem direito real de habitação sobre o único imóvel a inventariar que servia de residência da família (art. 1.831, do CC/2002), direito que não foi assegurado expressamente ao companheiro no atual Código. Ressalta-se que a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante do STJ, visando proteger a família advinda da união estável, sustentam que o parágrafo único, do artigo 7º, da Lei nº 9.278/96 não foi revogado, dispositivo que trata do direito real de habitação para o companheiro.

Nos termos dos artigos 1.414 e seguintes, do CC/2002, o direito real de habitação, com características muito semelhantes ao usufruto, consiste na utilização de casa alheia para fins de moradia, tendo por finalidade, em âmbito sucessório, não deixar o cônjuge/companheiro supérstite desamparado em face de outros herdeiros.

Acerca dessa aparente preferência do legislador pelo cônjuge, Flávio Tartuce leciona que:

De início, vale lembrar que o cônjuge foi elevado à condição de herdeiro necessário pelo artigo 1.845 do Código Civil de 2002, ao lado dos descendentes e dos ascendentes, o que não constava do artigo 1.721 da codificação de 1916, seu correspondente. O mesmo não ocorreu com o companheiro ou convivente, apesar da tentativa doutrinária de alguns juristas de enquadrá-lo como tal, caso de Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo.

[...]

Da terceira classe na ordem de vocação hereditária – como constava do artigo 1.603, inciso III, do CC/1916 -, o cônjuge saltou para a primeira classe, ao lado dos descendentes, e para a segunda classe, ao lado dos ascendentes. Entretanto, isso ocorreu sem que o cônjuge deixasse também de fazer parte da terceira classe. A única concorrência inexistente a respeito do cônjuge concerne aos colaterais, até porque o cônjuge está na posição sucessória anterior. Por isso, pode-se dizer que, sem dúvidas, o cônjuge está em posição sucessória privilegiada na vigente codificação privada.²⁷

²⁷ TARTUCE, Flávio. **O tratamento diferenciado da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil e seus graves problemas. A necessidade imediata de uma reforma legislativa.** Disponível em

Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes complementam essa ideia:

Completando o ciclo de evolução da proteção do viúvo, a legislação civil de 2002 eleva o cônjuge à condição de herdeiro necessário, tal qual os ascendentes e descendentes (CC, artigo 1.845), cabendo-lhe, nessas condições, participar da metade dos bens da herança (CC, artigo 1.846), considerada esta parcela como a legítima, a ser distribuída entre todos os herdeiros assim qualificados.

Ainda, e com passos largos à melhora em seu direito sucessório, o atual Código traz o cônjuge para a primeira classe de preferência, em concorrência com os descendentes, e, na falta destes, indica-o na segunda classe, agora concorrendo com os ascendentes, para, inexistindo sucessores na linha reta (ascendentes/descendentes), recolher com exclusividade o acervo, excluindo, neste caso, os colaterais.²⁸

Concluídas todas essas ponderações, resta evidente que o tratamento sucessório dispensado ao companheiro pelo Código Civil é injusto²⁹ e, inexplicavelmente, menos vantajoso do que aquele previsto nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

Tais leis, parcial e tacitamente revogadas pelo Código Civil, instituíram **(i)** o direito real de habitação do companheiro sobre o imóvel destinado à residência da família; **(ii)** o direito ao usufruto de uma parcela dos bens deixados pelo *de cujus*, enquanto o companheiro sobrevivente não constituísse nova união; **(iii)** o direito à totalidade da herança inexistindo ascendentes ou descendentes vivos (sem concorrência com colaterais); e **(iv)** o direito à meação, bastando a prova do esforço e colaboração do companheiro na aquisição do patrimônio comum. As leis inovaram, ainda, ao definir a competência da vara de família para dirimir qualquer conflito relativo à união estável.

Alguns desses direitos foram, simplesmente, extirpados ou negligenciados pelo Código Civil. Ora, basta lembrar que o companheiro, na atual sistemática, concorre com os parentes colaterais até o quarto grau do autor da herança, diferentemente do que ocorria antes, quando ocupava posição mais privilegiada na ordem de vocação hereditária.

Esse claro retrocesso legal é objeto de duras críticas doutrinárias:

O artigo 1.790 do Código Civil terminou por dar uma conotação completamente diferente ao que era estabelecido pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, pois, enquanto

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI230496,41046->

O+tratamento+diferenciado+da+sucessao+do+conjuge+e+do+companheiro+no>. Acesso em 10.7.2016.

²⁸ CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 191.

²⁹ Perverso e injusto, segundo Maria Berenice Dias em sua obra “Manual das Sucessões” citada ao longo deste trabalho.

ambas mostravam a nítida intenção de equiparar a sucessão do companheiro à do cônjuge, o citado artigo modificou por completo a sucessão na união estável, terminando por provocar efeitos diversos em situações idênticas, colocando o companheiro em uma posição inferior no que tange à sucessão do cônjuge.³⁰

Ocorre que a situação sucessória do companheiro foi regulada pelo Código Civil Brasileiro de forma lastimável em 2002, causando um grande retrocesso aos direitos dos companheiros.³¹

A propósito do assunto em apreço, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho tecem os seguintes comentários:

Em vez de buscar uma equiparação que respeitasse a dinâmica constitucional – uma vez que diferença não deve haver entre a viuvez de uma esposa e de uma companheira, pois ambas mantinham com o falecido um núcleo de afeto –, o legislador, em franca violação do princípio constitucional da vedação do retrocesso, minimizou – e sob certos aspectos aniquilou – o direito hereditário da companheira viúva.³²

Enfim, os regimes sucessórios aplicáveis ao casamento e à união estável são muito distintos. As diferenças podem ser resumidas nos tópicos abaixo elencados:

Concorrência com descendentes:

Casamento

- (i) Em concorrência com descendentes do *de cujus*, o cônjuge só será herdeiro se casado nos regimes da comunhão parcial (e desde que existam bens particulares do falecido), participação final nos aquestos (com bens particulares) e separação voluntária de bens;
- (ii) Se o cônjuge concorrer com descendentes apenas do falecido, aquele fará jus a quinhão igual ao dos demais (artigo 1.832, do CC/2002);

³⁰ MEDEIROS, Mário Vinícius Carneiro. Casamento ou convivência? As consequências de uma escolha perante o direito sucessório brasileiro. In. LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coord.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões – o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 64.

³¹ BONETTI, Yelba Nayara Gouveia. Da necessidade de igualação da posição do companheiro à do cônjuge no momento sucessório. In. LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coord.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões – o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 161.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume IV: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional** / Pablo Stolze Gagliano. Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 417/418.

- (iii) Se também forem descendentes do cônjuge supérstite, o quinhão hereditário será igualmente dividido, mas o cônjuge terá a reserva de uma quota mínima de 25% ou 1/4 da herança;

União estável

- (iv) O companheiro, em qualquer circunstância, só participará da herança do outro em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência;
- (v) Concorrendo com descendentes comuns, o companheiro terá direito a quinhão igual ao dos demais, sem qualquer tipo de reserva;
- (vi) Concorrendo com descendentes exclusivos do falecido, o quinhão atribuído ao companheiro será equivalente à metade daquele destinado aos descendentes;
- (vii) No caso de filiação híbrida, há evidente omissão legal e variadas teorias doutrinárias. Como o inciso II, do artigo 1.790, utiliza o advérbio “só” para tratar da concorrência da companheira com descendentes exclusivos do autor da herança, defende-se, aqui, a aplicação da previsão mais protetiva do inciso I, que divide o monte hereditário igualmente entre todos.

Concorrência com ascendentes:

Casamento

- (viii) Concorrendo com ascendentes do autor da herança, o cônjuge sempre será herdeiro necessário, independentemente do regime de bens adotado no matrimônio;
- (ix) Na concorrência com ascendentes, a herança do cônjuge sobrevivente abarca os bens particulares e os bens que integraram a comunhão;
- (x) Concorrendo com os pais do falecido (ascendentes de primeiro grau), o cônjuge sobrevivente perceberá quinhão hereditário igual ao dos ascendentes, ou seja, se concorrer somente com um deles herda metade de todo o patrimônio do de cujus, além do recolhimento da meação;
- (xi) Se forem ascendentes de segundo grau em diante, ao cônjuge ficará resguardado metade do total da herança.

União estável

- (xii) Na união estável, o companheiro que concorrer com ascendentes do falecido (o grau de parentesco é irrelevante) receberá sempre 1/3 do total da herança (bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável)

Concorrência com colaterais:

Casamento

- (xiii) O cônjuge não concorre com os colaterais, pois figura antes na ordem de vocação hereditária. Conforme dispõe o artigo 1.839, do CC/2002, os colaterais até o quarto grau só serão chamados a suceder se não houver cônjuge sobrevivente;

União estável

- (xiv) Na união estável, a herança do companheiro que concorrer com colaterais ficará, também, limitada a 1/3. O companheiro só terá direito à totalidade da herança se não houver outros parentes sucessíveis.

Tais tópicos refletem os artigos 1.790 e 1.829/1.839, do Código Civil. O tratamento sucessório desigual aplicável à união estável e ao casamento é nítido.

As principais críticas apresentadas pela doutrina quanto ao regime sucessório imposto ao companheiro são: a) limita a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável; b) regras de concorrência com os descendentes e ascendentes são confusas e, na maioria das possibilidades, prejudiciais ao companheiro. Ademais, observa-se que o artigo não abarca a concorrência para situações híbridas, onde se verificam filhos comuns e exclusivos na união estável; c) a totalidade da herança prevista no dispositivo legal exclui o companheiro quanto aos bens anteriores à convivência, favorecendo, inclusive, hipóteses dos bens serem passados para o poder público (artigo 1844, do CC).³³

Contudo, a disposição que mais polêmica causa é aquela que admite a concorrência do companheiro com parentes colaterais (primos, tios, sobrinhos). Várias demandas (controles difuso/concreto e concentrado/abstrato) já foram ajuizadas questionando a constitucionalidade do inciso III, do artigo 1.790.

³³ BONETTI, Yelba Nayara Gouveia. Da necessidade de igualação da posição do companheiro à do cônjuge no momento sucessório. In: LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coord.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões – o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 163.

Pode-se afirmar, baseado na literalidade da norma, que um primo distante do falecido (parente de quarto grau na linha colateral), com quem este não mantém nenhuma relação de afinidade ou afetividade, estará em uma posição mais vantajosa do que o próprio companheiro na partilha dos bens inventariados. Enquanto o primo receberá 2/3 da herança, a companheira, com quem o falecido construiu um núcleo familiar baseado no amor, na comunhão plena de vida, respeito, lealdade e auxílio material e moral, ficará com somente 1/3.

Essa incompreensível diferenciação inferioriza a própria instituição “união estável”, podendo deixar a família desamparada ou desguarnecida financeiramente. Ao tratar dessa temática, Maria Berenice Dias assevera que:

Essas diferenças refletem-se no direito de concorrer. Cônjuge e companheiro compartilham da herança com descendentes e ascendentes. No entanto, o companheiro concorre também com os parentes colaterais, pois figura depois deles na cadeia sucessória. Ou seja, basta a existência de um tio-avô, ou de um único sobrinho-neto, ou mesmo de um primo, para eles ficarem com a maior parte. Ao companheiro resta um terço da herança. Dois terços vão para os colaterais até o quarto grau. Mas há mais. Se o falecido não tinha descendentes e ascendentes, o cônjuge recebe a totalidade do acervo sucessório. Já o companheiro só faz jus à totalidade da herança se não existir nenhum parente sucessível.³⁴

Zeno Veloso demonstra indignação e irritação com os desequilíbrios previstos na codificação civil:

Haverá alguma pessoa neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a esse extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos laços do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?³⁵

Outra regra extremamente injusta, segundo boa parte da doutrina especializada, diz respeito à possibilidade dos bens anteriores à convivência, ou seja, bens particulares do falecido companheiro, serem transferidos à Fazenda Pública na falta de qualquer outro parente sucessível. O Estado prefere o companheiro nessa hipótese, o que configura uma diferença gritante em relação à posição do cônjuge:

Somente no caso de não haver colaterais é que o companheiro terá direito à totalidade da herança, enquanto o cônjuge, ainda que existam colaterais, terá direito ao total da herança.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 159.

³⁵ VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

Acreditamos que uma das piores regras do Código Civil Brasileiro seja a do artigo 1.844, que garante ao companheiro o direito a suceder nos bens adquiridos a título oneroso enquanto que os bens que restarem, a título gratuito, serão considerados vacantes e irão para o domínio da Fazenda Pública.³⁶

Apesar de todas essas regras prejudiciais ao companheiro, em algumas situações fáticas, curiosamente, é financeiramente mais atrativo, em termos sucessórios, constituir uma união estável. Para exemplificar, pode-se citar o caso comum de duas pessoas que, sem nenhum patrimônio, decidem viver juntas como uma família, preenchendo todos os requisitos legais para a configuração da união estável. Objetivando sofisticar o exemplo, imagine-se que esse casal possua dois filhos comuns e que tenham escolhido a comunhão parcial como regime de bens.

Na sucessão, o companheiro sobrevivente receberá metade dos bens adquiridos onerosamente durante a relação (meação) e a outra metade será partilhada entre os herdeiros. O companheiro, além da meação, receberá mais 1/3 da herança (cabendo a mesma parcela aos filhos).

Se esse mesmo casal tivesse optado pelo matrimônio, e mantidos todos os aspectos anteriormente registrados, o cônjuge sobrevivente só receberia a meação (50% do patrimônio conjunto). A herança seria dividida igualmente entre os dois filhos. Cumpre salientar que o cônjuge, nessas condições, só seria herdeiro se existissem bens particulares do *de cujus*.

Maria Berenice Dias trabalha justamente com essa hipótese:

A mais insólita situação é quando nenhum do par tem filhos nem bens antes de se unirem. Quando da morte de um deles, diferente será a divisão de bens se optarem pelo casamento ou por simplesmente viverem juntos. Se casaram sem fazer pacto antenupcial, o regime é o da comunhão parcial. Assim, se tiveram dois filhos e adquiriram bens, quando do falecimento de um, o outro receberá somente a sua meação (50% dos bens que foram adquiridos). O restante, que compõe a herança do falecido, é dividido entre os filhos, uma vez que eles são herdeiros necessários e primeiros figurantes da ordem de vocação hereditária. No entanto, se viveram em união estável, além da meação, o companheiro sobrevivente faz jus a um terço da herança a título de concorrência sucessória, ficando o restante para os dois filhos: um terço para cada um.³⁷

³⁶ MATHIAS, Christine Fernandes Venneri. A violação do princípio constitucional da igualdade na sucessão do companheiro no direito brasileiro. *In*. LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coord.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões – o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 182.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 159.

Por fim, é preciso destacar a grande controvérsia jurisprudencial gerada pelo tema. Alguns Tribunais de Justiça, obedecendo a cláusula de reserva de plenário (artigo 97, da Constituição Federal), já deliberaram sobre o assunto. Alguns julgaram o artigo 1.790 inconstitucional, argumentando que essa desigualdade viola os princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia, além de ofender o artigo 226, §3º, da Carta Magna. Outros, porém, entenderam pela constitucionalidade do dispositivo, embora reconheçam ser ele um absurdo na perspectiva moral e familiar, uma vez que a Constituição não equiparou a união estável ao casamento, sendo lícito ao legislador infraconstitucional estabelecer regramentos específicos para cada entidade familiar.

Em recente artigo jurídico, Flávio Tartuce fez um levantamento sobre as decisões dos Tribunais de Justiça, apontando qual orientação foi firmada em cada um:

Partindo para alguns exemplos concretos, vejamos cinco tribunais locais que julgaram a questão da maneira como determina a Constituição Federal, mas em sentido oposto.

Inicialmente, a Corte Especial do Tribunal de Justiça do Paraná adotou a premissa da inconstitucionalidade do art. 1.790, mas apenas do seu inciso III, por colocar o convivente em posição de enorme desprestígio, em concorrência com os colaterais, o que é seguido por este autor (TJ/PR, Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade 536.589-9/01, da 18ª vara cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Suscitante: 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Des. Sérgio Arenhart, j. 04.12.2009).

Fez o mesmo o Pleno do Tribunal de Justiça de Sergipe, ao julgar o Incidente de inconstitucionalidade 8/2010, em decisão de relatoria da Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, de 30 de março de 2011. O trecho final do acórdão demonstra que a conclusão atingiu todo o conteúdo do art. 1.790 da codificação privada: 'Logo, merece ser reconhecida a inconstitucionalidade do disposto no art. 1.790 do CC, não só por afrontar o princípio da igualdade e o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, mas também, ainda que de forma reflexa, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, o que ocorreria por parte dos herdeiros colaterais, em detrimento da companheira sobrevivente que com o falecido conviveu durante muitos anos. Diante de tais considerações, em que pese jamais ter sido declarada a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 em sede de controle de constitucionalidade concentrado, nada impede que, neste momento, seja declarado referido vício no bojo da presente ação, por meio de controle difuso de constitucionalidade. Ante os argumentos expendidos e com base no farto entendimento jurisprudencial, voto pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, posto que em desarmonia com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal e com os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana'.

Na mesma esteira o Pleno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com a seguinte ementa de conclusão final: 'Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição

Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 3º). Enunciado da *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida. Procedência do incidente' (TJ/RJ, Arguição de Inconstitucionalidade 00326554020118190000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial, j. 11.06.2012). Como se nota, tais Cortes Estaduais seguiram os argumentos de Giselda Hironaka e Zeno Veloso, aqui antes expostos.

Por outra via, o Órgão Especial do Tribunal Gaúcho, por maioria e com grande divergência, acabou por concluir de forma contrária, ou seja, pela constitucionalidade do art. 1.790, diante da inexistência de igualdade plena entre a união estável e casamento. Conforme consta de sua ementa, 'a Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1.790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário, no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1.725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável' (TJ/RS, Incidente 70029390374, Porto Alegre, Órgão Especial, Rel. Originário Des. Leo Lima (vencido), Rel. para o Acórdão Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 09/11/2009).

Ao final do ano de 2011, o Órgão Especial do Tribunal Paulista acabou por concluir, igualmente, pela inexistência de qualquer inconstitucionalidade no comando em destaque, como já havia feito o Tribunal Gaúcho, adotando as mesmas premissas (TJSP, Processo 0434423-72.2010.8.26.0000 (990.10.434423-9), Órgão Especial, Rel. Corrêa Viana, j. 14.09.2011). Mais uma vez houve intensa discussão técnica, com votos vencidos, prevalecendo a visão que coloca o cônjuge em posição de superioridade perante o companheiro. De acordo com o trecho final do voto do relator, Des. Cauduro Padin, 'assim, a questão da igualdade de tratamento não é tão simples, o que significa dizer que eventual equiparação deve ser total, e não apenas em alguns aspectos da vida civil. Portanto, não se vislumbra a alardeada violação ao Texto Constitucional e aos seus princípios.³⁸

Partindo dessa perspectiva, observa-se que não existe um consenso em nossos Tribunais, motivo pelo qual a comunidade jurídica aguarda, com ansiedade, um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal nos autos do recurso extraordinário nº 878.694/MG, cujo julgamento começou em 31.8.2016.

³⁸ TARTUCE, Flávio. **O tratamento diferenciado da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil e seus graves problemas. A necessidade imediata de uma reforma legislativa.** Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI230496,41046-O+tratamento+diferenciado+da+sucessao+do+cônjuge+e+do+companheiro+no>>. Acesso em 10.7.2016.

O próximo capítulo abordará, com mais detalhes, as questões ventiladas no mencionado recurso extraordinário.

III. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.694/MG

O recurso extraordinário em tela³⁹ foi interposto pela Sra. Maria de Fátima Ventura em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (“TJMG”), cuja ementa está transcrita abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. DIREITOS SUCESSÓRIOS DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO DIREITO DE A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE HERDAR TÃO SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, EM CONCORRÊNCIA COM OS PARENTES COLATERAIS DE SEGUNDO GRAU, EXCLUÍDOS, PORTANTO, OS BENS PARTICULARES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1) O Órgão Especial deste Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, quando do julgamento do Incidente de nº 1.0512.06.0322313-2/002, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações.

2) A teor do inciso III do art. 1790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares *de cujus*.

Percebe-se que o Tribunal Mineiro entendeu pela constitucionalidade do inciso III, do artigo 1.790, do Código Civil. De acordo com a decisão exarada pela Corte, é constitucionalmente válido tutelar a sucessão do cônjuge e do companheiro de maneira diferenciada, considerando as características distintas de cada um dos institutos.

Vale ressaltar que a decisão de primeira instância julgou procedentes os pedidos autorais, reconhecendo a união estável e atribuindo à Sra. Maria de Fátima a totalidade da herança de seu falecido companheiro, afastando os colaterais da sucessão.

A meu sentir, não se justifica esse tratamento discriminatório, em comparação com a posição reservada às famílias matrimonializadas, nas quais o cônjuge sobrevivente figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, afastando da sucessão os colaterais do *de cujus*, quando a própria Constituição Federal

³⁹ O inteiro teor do processo pode ser consultado livremente em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>.

recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento.

Com efeito, não deve ser aplicada a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo a autora o direito à totalidade da herança.

Tal decisão foi reformada pelo TJMG, o que motivou a interposição de recurso extraordinário com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Carta Constitucional.

Em breve síntese, a Recorrente alega ofensa aos artigos 5º, inciso I, e 226, §3º, da CF/88. Aduz que o artigo 1.790, do Código Civil, é inconstitucional por prever tratamento discriminatório ao companheiro em comparação ao cônjuge, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana para corroborar sua tese.

Antes de prosseguir na análise do caso concreto, é importante esclarecer que as citações acima indicadas (ementa do acórdão prolatado pelo TJMG e parte da sentença de primeiro grau) foram extraídas do parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República nos autos do recurso extraordinário nº 878.694/MG⁴⁰.

A Recorrente sustenta, ainda, que a Constituição não legitima qualquer tipo de diferenciação entre as famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável, não existindo primazia ou preferência entre elas. Nesse sentido, todas as formas de família merecem proteção estatal e são detentoras da mesma dignidade, inclusive em âmbito sucessório.

Defende, por fim, que o artigo 1.790, inciso III, representa um retrocesso em matéria de direitos fundamentais, pois a Lei nº 8.971/94 não admitia a concorrência de parentes colaterais com o companheiro na sucessão do *de cuius*. Logo, inexistindo descendentes ou ascendentes do falecido, a totalidade da herança era direito do companheiro sobrevivente, cenário que mudou com o advento do Código Civil de 2002.

O recurso extraordinário em questão foi distribuído ao Ministro Luís Roberto Barroso em 26.3.2015 e teve sua repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo em 17.4.2015. O acórdão foi assim ementado:

⁴⁰ O andamento processual está disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>.

Direito das sucessões. Recurso Extraordinário. Dispositivos do Código Civil que preveem direitos distintos ao cônjuge e ao companheiro. Atribuição de repercussão geral.

1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código.
2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.
3. Repercussão geral reconhecida.

Em resumo, o STF entendeu que o tema possui relevância dos pontos de vista social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos das partes litigantes. Considerando (i) a especial proteção conferida pelo Estado à família; e (ii) os incessantes debates acerca da possibilidade, ou não, de se estipular distinções patrimoniais e sucessórias entre as famílias provenientes do casamento e da união estável, é que a matéria foi reputada constitucionalmente relevante.

Em 17.9.2015, a Procuradoria-Geral da República apresentou seu parecer manifestando-se pelo desprovimento do recurso extraordinário, ou seja, defendendo a constitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil.

O *Parquet* argumenta que o dispositivo em referência é compatível com o texto constitucional, porque não há qualquer ofensa aos princípios constitucionais da igualdade ou da dignidade humana. Casamento e união estável são institutos distintos, com particularidades e características próprias. Inclusive, o artigo 226, §3º, da CF/88, dispõe que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento.

Em suma, o parecer ministerial diz que a Constituição não prevê hierarquia entre as variadas conformações familiares, mas autoriza o tratamento desigual. A opção por uma forma ou outra de família é apenas um reflexo da autonomia privada exercitada pelos indivíduos que irão integrar aquela relação.

Destarte, a liberdade de escolha pelo casamento ou pela união estável traduz a autêntica manifestação da autonomia da vontade, cabendo aos envolvidos suportar as consequências patrimoniais e sucessórias oriundas dessa escolha. Cada modelo de família retrata um projeto de vida específico, sendo plenamente viável optar por uma relação estável sem as formalidades e regras rígidas exigidas pelo matrimônio. Contudo, tal escolha gerará repercussões.

Pondera, ademais, que em determinadas situações fáticas é economicamente mais vantajoso ser companheira do que cônjuge, não existindo qualquer tratamento discriminatório a ser repellido.

Assim, demonstrado que a diferenciação feita pelo diploma civil em relação às regras sucessórias para o cônjuge e o companheiro tem respaldo na assimetria estabelecida pela própria Constituição Federal, bem como compreendido que o tipo de núcleo familiar a ser constituído tem fundamento na autonomia da vontade das partes, forçoso concluir pela constitucionalidade do art. 1790, III, do Código Civil.

Os autos do recurso extraordinário, após a juntada do referido parecer, foram devolvidos ao gabinete do Ministro Relator. Em 2.6.2016, a Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS e o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM apresentaram petições solicitando o ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do artigo 138, do Código de Processo Civil.

Ante a relevância jurídica e social da matéria, o Ministro Barroso admitiu a participação dessas entidades nos autos, ponderando que os postulantes possuem representatividade adequada e finalidades atinentes ao tema debatido no recurso extraordinário.

O Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB requereu, também, o ingresso no feito e defendeu a inconstitucionalidade do artigo 1.790, pugnando pela procedência do apelo extraordinário e pelo reconhecimento da iniquidade e disparidade do tratamento sucessório atribuído ao cônjuge e ao companheiro.

Em 31.8.2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do recurso extraordinário. O Ministro Barroso, em seu voto, argumentou pela equiparação dos regimes sucessórios aplicáveis ao casamento e à união estável, pugnando pela inconstitucionalidade do artigo 1.790.

O Relator, ao dar provimento ao RE, consignou que o regime sucessório aplicável, tanto aos casos de casamento quanto aos de companheiros em união estável, deve ser o do artigo 1.829, do Código Civil.

O relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, votou pela procedência do recurso, sugerindo a aplicação de tese segundo a qual no sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e

companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.⁴¹

Para ele, deve-se aplicar as mesmas regras aos dois modelos, pois o Estado protege todas as formas de família indistintamente, sendo que qualquer tipo de diferenciação representa violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proteção da família.

Entende, ainda, que não há justificativa para estabelecer tratamentos distintos, pois não existe hierarquia entre as mais variadas conformações familiares. Aduz, por fim, que as disposições do Código Civil de 2002, regulando o direito de herança do companheiro, representaram um evidente retrocesso se comparadas às disposições previstas nas Leis 8.971/94 e 9.278/96:

Porém, conforme exposto ao longo deste voto, o Código Civil de 2002 aprovou regulamentação alternativa que simplesmente anulou boa parte da proteção sucessória conferida pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 aos companheiros. No que concerne a essa involução, convém destacar que a proposta de redação originária do artigo do CC/2002 que versava sobre regime sucessório foi elaborada em 1985, antes mesmo da edição da Constituição de 1988. Embora tenham transcorrido mais de quinze anos entre o projeto original da norma sobre o regime sucessório dos companheiros e a efetiva promulgação do Código Civil (em 2002), a proposta permaneceu praticamente inalterada. Não foram consideradas em sua elaboração nem a completa alteração dos paradigmas familiares pela nova Constituição, nem a igualação dos regimes sucessórios de cônjuges e companheiros pelas leis posteriores. Nesse sentido, veja-se que o relatório geral da Comissão Especial do Código Civil apontou uma preferência expressa pelo instituto do matrimônio como fundamento do regime sucessório dos companheiros aprovado pelo CC/2002

Percebe-se assim que, nesse aspecto, o Código Civil de 2002 foi anacrônico e representou um retrocesso vedado pela Constituição na proteção legal das famílias constituídas por união estável. O regime sucessório da união estável traçado pelo CC/2002 ignorou as grandes transformações promovidas pela CF/1988, que funcionalizou a família em favor do indivíduo, e, assim, jogou por terra a evolução legislativa infraconstitucional, que, seguindo a nova orientação constitucional, havia cuidado de aproximar os direitos de cônjuges e companheiros, tendo como norte a ideia de que ambos merecem igual proteção.

Fica claro, portanto, que o art. 1.790 do CC/2002 é incompatível com a Constituição Federal. Além da afronta à igualdade de hierarquia entre entidades familiares, extraída do art. 226 da Carta de 1988, violou outros três princípios constitucionais, (i) o da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e (iii) o da vedação ao retrocesso.⁴²

⁴¹ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324282>>. Acesso em 11.9.2016.

⁴² Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf>>. Acesso em 11.9.2016.

Eis a proposta de ementa feita pelo Ministro Barroso:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.⁴³

O voto do Ministro Barroso foi integralmente acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmén Lúcia. Ainda não votaram os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandoski, Marco Aurélio e Dias Toffoli, tendo este último solicitado vista dos autos para melhor reflexão sobre o assunto, ante a possível afronta à autonomia da vontade caso o recurso extraordinário seja provido ao final do julgamento.

Espera-se que o Supremo, se vier a declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do CC/2002, utilize a técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão, com base na interpretação extensiva do artigo 27, da Lei nº 9.868/99 (objetivação do controle difuso ou concreto de constitucionalidade). A aplicação do novo entendimento aos inventários judiciais ou extrajudiciais que ainda estejam em curso na data de conclusão do julgamento parece ser a melhor solução, garantindo a estabilidade e segurança da ordem jurídica.

Cumprido dizer que as informações aqui registradas refletem o andamento do caso até o dia 16.1.2017.

⁴³ Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sucessao-companheiro-voto-barroso.pdf>>. Acesso em 11.9.2016.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do presente trabalho, as diferenciações previstas no Código Civil no tocante ao direito de herança do cônjuge e do companheiro suscitam profundos debates doutrinários e jurisprudenciais. A constitucionalidade do regime sucessório aplicável à união estável é objeto de muitas divergências.

Tal controvérsia será, em breve, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete dizer se esse tratamento discrepante dispensado é, ou não, compatível com os ditames constitucionais.

Particularmente, creio que não exista qualquer vício material de constitucionalidade, apesar da regra sucessória diferenciada possibilitar verdadeiros absurdos e injustiças, colocando a união estável, na maioria das situações, em clara posição de inferioridade quando comparada ao casamento.

Na minha concepção, o artigo 1.790, do Código Civil, é constitucional, pois casamento e união estável são institutos diferentes em múltiplos aspectos, tais como a formação, a invalidação, a eficácia, a dissolução, dentre outros. Isso autoriza o legislador infraconstitucional a disciplinar questões patrimoniais e sucessórias de maneira distinta.

O próprio texto constitucional preconiza que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, talvez pela segurança jurídica, publicidade e formalidades inerentes ao matrimônio. Essa simples disposição ratifica as diferenças existentes entre as entidades familiares aqui tratadas.

Francisco José Cahali e Giselda Maria Hironaka, mesmo criticando o supramencionado artigo, também possuem essa mesma posição:

Temos para nós que o artigo é totalmente impróprio, inadequado na forma e conteúdo, mas daí inferir-se a sua inconstitucionalidade há certa distância. A lei ordinária não deveria, mas pode dar tratamento diferenciado à união estável em comparação ao casamento no que se refere às questões patrimoniais. Aliás, se o Código faz previsões diversas no direito sucessório do próprio cônjuge, de acordo com o seu regime de bens, ou de acordo com a circunstância de ser ou não ascendente dos herdeiros com que concorrer, por que não poderá distinguir o

companheiro do casado no direito à herança (não excluir, mas tratar de forma diversa)?⁴⁴

Rodrigo da Cunha Pereira, de igual forma, entende que a equiparação entre os institutos ofende a autonomia da vontade e a liberdade das pessoas em escolher qual é a melhor dinâmica familiar a ser empregada naquela relação:

Não podemos confundir, entretanto, a não equiparação das uniões estáveis com o casamento com a não proteção do Estado a este tipo de união, seu reconhecimento enquanto forma de família e como instituto que tem consequências jurídicas. União estável, ou união livre, como o próprio nome indica, é aquela livre de regulamentação, registros e controles oficiais. Equipará-las ao casamento significa interferir na liberdade de escolher a forma de se constituir família. Essa tendência é, na verdade, uma posição moralista e equivocada, pois seria o mesmo que não aceitá-la como uma forma de família diferente do casamento. É como se fosse para resgatá-la de algo que não é correto, como moralistamente estabeleceu-se no artigo da Constituição da República (226, § 3º) que o Estado facilitará sua conversão em casamento.⁴⁵

Evidentemente, a não inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários (e sua consequente exclusão da legítima), a concorrência com colaterais até o quarto grau, restrição da herança aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação representam desvantagens injustificáveis, do ponto de vista moral, positivadas na legislação civil brasileira.

Ocorre que direito não é moral e a moral não pode ser usada para corrigir o direito, conforme reiteradamente alerta Lenio Luiz Streck⁴⁶ em sua coluna semanal “Senso Incomum” publicada no site Consultor Jurídico. Destarte, encaro com muita resistência decisões que invocam princípios extremamente abertos como o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana para decretar a inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil

Tais decisões, permeadas por subjetivismos e juízos discricionários, são a perfeita expressão do ativismo judicial que deve ser coibido e criticado. O Judiciário está, com uma frequência preocupante, usurpando competências do legislativo, em clara afronta ao princípio da separação dos poderes.

⁴⁴ CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 212.

⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **União estável e casamento: O paradoxo da equiparação**. Disponível em <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/artigo-uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao-por-rodrigo-da-cunha-pereira.html>>. Acesso em 22.11.2016.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que Papai Noel, a bispa Sonia, o ECI e os embargos têm em comum?** Disponível em <www.conjur.com.br/2015-dez-24/senso-incomum-papai-noel-bispa-sonia-eci-embargos>. Acesso em 12.7.2016.

Nesse sentido, o melhor caminho a ser trilhado para igualar os dois institutos seria uma mudança legislativa, conferindo tratamento paritário ao casamento e à união estável em matéria sucessória.

O Supremo Tribunal Federal, pelo menos por enquanto, discorda do meu posicionamento e deverá declarar inconstitucional o artigo 1.790, conforme exposto em tópico específico deste trabalho.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Alvaro Villaça. **União Estável**. São Paulo: Revista do Advogado n° 58, AASP, São Paulo, março/2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16.6.2016.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 6.7.2016.

CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁROZ, Daniel (org). **Tendências constitucionais no direito de família**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume IV: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional** / Pablo Stolze Gagliano. Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2011

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2011.

LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos (Coord.). **Temas Controvertidos de Direito das Sucessões – o Cônjuge e o Companheiro**. Lisboa: AAFDL, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. Repersonalização das famílias. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004. p. 136/139.

MENIN, Márcia Maria. A Necessidade da Equiparação entre União Estável e Casamento para fins de Direito Sucessório. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A Outra Face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **União estável e casamento: O paradoxo da equiparação**. Disponível em <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/artigo-uniao-estavel-e-casamento-o-paradoxo-da-equiparacao-por-rodri-go-da-cunha-pereira.html>>. Acesso em 22.11.2016.

RODRIGUES, João Gaspar. **Princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em 11.6.2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que Papai Noel, a bispa Sonia, o ECI e os embargos têm em comum?** Disponível em <www.conjur.com.br/2015-dez-24/senso-incomum-papai-noel-bispa-sonia-eci-embargos>. Acesso em 12.7.2016.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em 15.6.2016.

TARTUCE, Flávio. **O tratamento diferenciado da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil e seus graves problemas. A necessidade imediata de uma reforma legislativa**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI230496,41046-O+tratamento+diferenciado+da+sucessao+do+cônjuge+e+do+companheiro+no>>. Acesso em 10.7.2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, Mandamentos, 2008.

VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. Coordenação de Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade**. Disponível em: <<https://sites.google.com/a/criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/danilo>>. Acesso em 10.6.2016.