



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

**A SUCESSÃO *CAUSA MORTIS* NA UNIÃO ESTÁVEL: UMA CRÍTICA AO ART.
1790 DO CÓDIGO CIVIL**

ANA CAROLINA BARROSO DA SILVEIRA

FORTALEZA

2011

ANA CAROLINA BARROSO DA SILVEIRA

**A SUCESSÃO *CAUSA MORTIS* NA UNIÃO ESTÁVEL: UMA CRÍTICA AO ART.
1790 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Prof^a. Maria José Fontenelle Barreira Araújo

FORTALEZA

2011

ANA CAROLINA BARROSO DA SILVEIRA

**A SUCESSÃO *CAUSA MORTIS* NA UNIÃO ESTÁVEL: UMA CRÍTICA AO ART.
1790 DO CÓDIGO CIVIL**

Curso de Graduação em Direito
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará
Aprovado em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Maria José Fontenelle Barreira Araújo (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará-UFC

Prof. Francisco Macedo Filho
Universidade Federal do Ceará-UFC

Prof. William Paiva Marques Junior
Universidade Federal do Ceará-UFC

*À minha família que me ajudou a enfrentar com coragem os momentos de
dificuldade.*

AGRADECIMENTOS

A construção deste trabalho não seria possível sem o apoio de pessoas especiais, a quem devo agradecer por esta conquista.

À minha família, pelos ensinamentos recebidos, por todo amor dedicado ao longo da vida.

À professora e minha orientadora Maria José Barreira Araújo, pela maravilhosa pessoa que é, a qual, além do apoio emocional, muito contribuiu com a sua crítica construtiva e competência para a realização desse estudo.

Aos grandes amigos, que tive oportunidade de encontrar nessa Faculdade, pelo apoio e momentos compartilhados ao longo dessa trajetória.

Ao amigo Alex Santiago, pela determinação com a qual defendeu a minha causa.

Ao professor Francisco Macedo Filho, o qual, além dos ensinamentos doutrinários, me ajudou com a sua sabedoria a superar os difíceis momentos vividos.

Ao professor Willian Marques Paiva, grande professor e amigo, por aceitar de pronto participar da banca examinadora final.

Aos servidores da coordenação da faculdade de Direito, que contribuíram para a realização e agilidade da conclusão desse processo.

À todos que de maneira direta e indireta contribuíram para a realização desse trabalho, meus sinceros agradecimentos.

É indispensável reconhecer que o afeto é uma realidade digna de tutela, e para isso é preciso levantar o véu do preconceito e arrancar a venda da injustiça

(Maria Berenice Dias)

RESUMO

Esta pesquisa assumiu o propósito de discutir a sucessão *causa mortis* que se opera entre os partícipes de uniões livres. A Carta Magna de 1988 reconhece expressamente a união estável como entidade familiar, merecedora de especial proteção do Estado; não obstante, o atual Código Civil oferece tratamento sucessório desigual a cônjuges e companheiros. Em decorrência da disparidade entre os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros, estes acabam por experimentar notável prejuízo quando chamados a concorrer à sucessão daqueles com quem compartilharam a vida. Em razão do grande número de brasileiros que vivenciam relações de companheirismo, torna-se interessante o estudo das prerrogativas sucessórias dos companheiros, em uma necessária análise comparativa com o tratamento dispensado aos cônjuges. O presente estudo indica que a doutrina e a jurisprudência moderna, em geral, têm concluído pela necessidade de afastamento da legislação infraconstitucional que insiste em estabelecer hierarquia entre a união estável e o casamento. Conclui-se pela necessidade de uma reforma legislativa ampla e adequada, a fim de que as disparidades encontradas entre os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros possam ser eliminadas.

Palavras-chave: Sucessão. União estável.

ABSTRACT

This research assumed the purpose of discussing the succession cause of death that operates between the participants in free unions. The 1988 Constitution explicitly recognizes the stable as a family deserving of special protection by the State, yet the current Civil Code provides unequal treatment inheritance to spouses and partners. Due to the disparity between the inheritance of spouses and partners, they tend to experience noticeable loss when asked to run for the succession of those with whom they shared life. Because of the large number of Brazilians who experience peer relationships becomes interesting to study the succession of the prerogatives of his companions, in a comparative analysis with the necessary treatment of spouses. The present study indicates that the modern doctrine and jurisprudence, in general, have concluded the need for removal of the constitutional legislation that insists on establishing a stable relationship between the hierarchy and marriage. These results emphasize the need for a comprehensive legislative reform and adequate, so that the disparities between the inheritance rights of spouses and partners can be eliminated.

Keywords: Succession. Stable union.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. UNIÃO ESTÁVEL	13
1.1. Evolução histórica da família	13
1.2. O instituto da união estável. A relação concubinária	15
1.3. Elementos caracterizadores da união estável	18
1.3.1. Diversidade de sexo entre os companheiros.....	19
1.3.2. Durabilidade da relação.....	22
1.3.3. Continuidade da relação	23
1.3.4. Publicidade	24
1.3.5. Objetivo de constituir família.....	25
1.3.6. Ausência de impedimentos matrimoniais.....	26
1.3.7. Coabitação	27
2. DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS.....	30
2.1. Breve retrospecto dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro.....	30
2.2. Direitos sucessórios do companheiro sob a égide da Lei 8.971/94.....	33
2.2.1. Requisitos legais para o deferimento de direitos sucessórios entre os companheiros	33
2.2.2. Direitos sucessórios outorgados pela Lei 8.971/94	35
2.2.2.1. Direito de propriedade.....	36
2.2.2.2. Direito real de usufruto.....	38
2.3. Direitos sucessórios do companheiro sob a égide da Lei 9.278/96.....	40
2.4. Direitos sucessórios do companheiro sob a égide no novo Código Civil.....	43
2.4.1. Direitos sucessórios dos companheiros à luz do art. 1790 C.C.	44
2.4.1.1. Concorrência sucessória do companheiro com os descendentes.....	45
2.4.1.2. Concorrência sucessória do companheiro com os ascendentes.....	49
2.4.1.3. Concorrência sucessória do companheiro com os colaterais.....	50
2.4.1.4. Possibilidade de o companheiro receber a totalidade da herança.....	51
2.4.2. Possibilidade de manutenção do direito real de usufruto e de habitação sob a égide do atual Código Civil.....	52
2.5. A sucessão dos companheiros e o direito intertemporal	53

3. DO TRATAMENTO SUCESSÓRIO DIFERENCIADO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.....	55
3.1. Principais pontos distintivos entre o tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro.....	55
3.2. Legitimidade do tratamento sucessório diferenciado entre o cônjuge e o companheiro.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	68
ANEXOS.....	74

INTRODUÇÃO

Como é de conhecimento assente no meio jurídico, a Carta Magna de 1988 foi caracterizada pela introdução de novos valores, o que se deu na tentativa de amoldar o ordenamento jurídico pátrio à nova realidade da sociedade brasileira contemporânea, uma sociedade que busca a igualdade entre as pessoas, tratando-as com dignidade.

Dentro desse contexto de substanciais modificações, a união estável, até então desprezada pelo Direito, passou a ser expressamente reconhecida como entidade familiar, merecedora de especial proteção do Estado (art. 226, §3º, C.F).

Nesse sentido, foi forçoso para a doutrina e jurisprudência pátrias, ainda que com certa resistência, admitir que, no cenário imposto pela Constituição Federal de 1988, não cabia mais pensar no casamento como única forma de constituição da família, uma vez que agora essa importante instituição estaria aberta a novas conformações.

Sendo assim, tornou-se necessário outorgar garantias não apenas à família matrimonializada, mas também à união livre composta por pessoas as quais simplesmente optaram por viver maritalmente sem o selo de oficialidade do Estado.

Assim foi que, ultimamente embalada pela compreensão da possibilidade de existência de relacionamentos humanos diversos, a jurisprudência do país mostrou-se convencida de que também seja juridicamente possível a união estável entre pessoas de sexo igual, desde que unidas pelo desejo de viverem como família.

Partindo dessa inegável premissa - a união estável é entidade familiar, merecedora de especial proteção estatal - a monografia ora exposta pretende abordar tema relativo à sucessão que se opera entre os companheiros, mais precisamente, o trabalho pretende focar-se na sucessão deflagrada pela morte de um dos conviventes.

Nesse viés, o presente trabalho monográfico encontra-se dividido em três capítulos.

O primeiro deles, de conteúdo introdutório, tem por finalidade apresentar ao leitor os principais traços do companheirismo, sendo composto por três tópicos: a evolução histórica da família, o instituto da união estável e os elementos caracterizadores da união estável.

Já o segundo capítulo, abordará os direitos sucessórios dos companheiros propriamente ditos. Nesse sentido, será feita uma análise detalhada do tratamento sucessório dos conviventes à luz das Leis 8.971/94, 9278/96 e do atual Código Civil pátrio.

Em sequência, o terceiro capítulo analisará os principais pontos distintivos entre o tratamento sucessório dos cônjuges (disciplinado pelos arts. 1829 e seguintes do Código

Civil) e aquele deferido aos companheiros (atualmente disciplinado pelo art. 1790 do Código Civil). Por fim, discutir-se-á a razoabilidade de a legislação ordinária não oferecer tratamento sucessório equitativo aos cônjuges e conviventes, guiadas pela seguinte premissa: a Constituição Federal equiparou, em termos de proteção jurídica, a união estável ao casamento? Acredita-se que sim. Neste caso, caberia manter uma legislação infraconstitucional que disciplina os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros de maneira diametralmente oposta? Conclui-se que não.

Nesse caso, caberia aos operadores do direito, mais precisamente aos legisladores brasileiros, a importante tarefa de solver essa intrincada controvérsia; o que seria possível através da eliminação de todos os dispositivos legais que insistem em tratar cônjuges e companheiros de forma diferenciada, seguida pela inclusão do companheiro nos dispositivos legais que tratam da sucessão entre os cônjuges.

CAPÍTULO I - A UNIÃO ESTÁVEL

1.1. Evolução histórica da família

Conforme entendimento corrente, o homem é essencialmente um ser social, o qual, no geral, repele a solidão. Por isso, faz parte do senso comum a idéia de que a felicidade plena somente é alcançada aos pares.

É provavelmente nesse instinto de integração humana que reside a origem das famílias. Nesse sentido, tem-se que, desde os primórdios, as relações familiares apresentam-se como a via mais eficaz para que a pessoa atenda à sua necessidade de ligar-se a outras por meio de vínculos afetivos.

É o que pode se depreender da lição ministrada por Hironaka *apud* Dias (1999, p.7-17):

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de agrupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização do seu projeto de felicidade.

Ocorre que, quando se pretende obter informações mais completas sobre os primórdios da família, encontram-se muitas teorias divergentes, as quais, não obstante possuam indiscutível peso sociológico, carecem de efetiva comprovação fática.

A despeito das controvérsias teóricas, é tranquilamente aceito o fato de que, durante largo período da história, as agremiações familiares mantiveram-se sob o modelo patriarcal. Examinados os fatos sociais, é possível constatar que a família romana acabou servindo de parâmetro para as famílias ocidentais que lhe sucederam, inclusive para as famílias brasileiras do século XIX.

Em Roma, as famílias se estruturavam sob a égide da autoridade paterna. Nestas, o “*pater*” atuava como uma espécie de juiz, pois a ele era dado distribuir a “justiça” entre os membros da família, preponderantemente sobre a mulher e filhos, sobre quem exercia poder ilimitado. Concomitantemente, assumia as funções de chefe político e religioso, uma vez que a ele cabia conduzir a religião doméstica, consistente no culto aos antepassados.

Nesse contexto, vislumbra-se que o principal elo de coesão da família não se encontrava na afetividade recíproca entre seus membros, mas sim no elemento religioso. Diante dessa realidade, conclui o autor que “por esse largo período da antiguidade, família era

um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados” (VENOSA, 2006, p.4).

À esse tempo, a sociedade já tinha eleito o casamento como única forma idônea de constituição da família, o que provavelmente se deu na tentativa de moralização das relações interpessoais. É o que preleciona Dias (2009, p.28) ao afirmar que “em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar matrimônio”.

Com o passar do tempo, o princípio da autoridade, basilar entre as famílias romanas, foi perdendo um pouco de sua relevância. Não obstante, sua essência subsistiu. Nesse diapasão, ter-se-á que, até um passado recente, a família ainda mantinha um perfil patriarcal e hierarquizado, atuando basicamente como fonte de produção e reprodução.

Não obstante, a Revolução Industrial repercutiu substancialmente nas relações familiares, alterando o modelo de família até então existente. Nesse período, verificou-se intensa migração de pessoas para os centros urbanos, a fim de atuar nas indústrias e nas atividades terciárias. As famílias passaram a viver em espaços bem menores e, não raras vezes, com maior limitação de recursos, o que as tornou essencialmente nucleares, qual seja, restrita aos pais e filhos. A mulher, que outrora se dedicava quase que exclusivamente às chamadas “prendas do lar”, ingressou no mercado de trabalho buscando a complementação da renda familiar, o que resultou em um embaralhamento dos papéis até então consolidados.

Posteriormente, as modificações políticas, econômicas e culturais observadas no seio da sociedade se tornariam ainda mais intensas, modificações estas que inegavelmente se fariam sentir nas relações jurídico-familiares.

Nesse contexto, foi possível constatar que a sociedade moderna, antes atrelada a rígidos padrões de moralidade, tornou-se mais complacente, de modo que, hoje, a generalidade das pessoas admite conviver sob estruturas de relacionamentos que se afastam do modelo convencional de família matrimonial.

Dessa forma, tendo em vista a nova realidade que se impôs, foi se tornando paulatinamente impossível reconhecer como família tão somente aquela união originária do casamento, tal como era legalmente previsto. Era a ocasião para dar relevo a todas as demais espécies de relações afetivas, mesmo que não exatamente reconhecidas pelo Estado.

Partindo dessa premissa, a doutrina moderna passa a defender que o elemento caracterizador da família, capaz de diferenciá-la de outras relações interpessoais, não se encontra mais em um ato de celebração civil, como o casamento, mas sim na afetividade e no interesse recíproco entre as pessoas. É o que se pode depreender da lição de Dias (2009, p.42)

quando afirma que “o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.”

Tais idéias já seriam mesmo o prenúncio de que também pessoas quando de sexo igual pudessem vir a se ligar em relacionamentos que guardariam as características de união familiar, assim despertando no Poder Público a preocupação de ampará-las, tal como ultimamente se deu na orientação dos Tribunais do país.

A partir daí, encontra-se espaço para falar das famílias extramatrimoniais, mais precisamente da união estável, que hoje é constitucionalmente reconhecida como entidade familiar, merecedora de especial proteção do Estado (art. 226, §3º da C.F).

1.2. O instituto da união estável. A relação concubinária

Não obstante o fato de as uniões extramatrimoniais consubstanciarem-se em fato desde sempre observado no seio da sociedade, muitos são aqueles que infligem severas críticas aos relacionamentos informais, porque havidos fora do casamento, em contrariedade à expectativa legal que há um tempo prevaleceu, segundo a qual seria o casamento a única forma de constituição da família.

Dentro desse contexto, haveria até espaço para que se cogitasse da existência de uma linha divisória, apta a separar a família “legítima” da família “ilegítima”, esta havida fora do casamento.

Nesse sentido, Yussef Calahali (2002, p. 19) preceitua que:

[...] é sob a pressão apologística da relação concubinária sob a forma de entidade familiar que reside a crise da família, na exaltação de pretensos valores novos e contingentes, e que se assinala pelo enfraquecimento gradativo da disciplina familiar, pela desconsideração paulatina do significado do vínculo matrimonial, pelo relaxamento dos costumes, pelas liberdades e concessões de toda ordem como justificativa do descarte de preconceitos tradicionais, criando com isso um quadro favorável ao aumento progressivo da separação entre os cônjuges.

Partindo de premissas de tal ordem, as quais se mostravam predominantes em nossa história recente, o Código Civil de 1916 tratou com absoluto desprezo as relações concubinárias, desprezo esse que incluía até mesmo o “concubinato puro”, composto por pessoas desimpedidas para o casamento. Nesse sentido, nenhum direito formal foi atribuído por lei aos partícipes de uniões livres.

Não obstante, é importante ressaltar que, em nossa ordem jurídica, sempre foi possível distinguir o companheirismo ou o “concubinato puro” do típico concubinato, também

qualificado como “impuro” ou “adulterino”, tendo em vista os impedimentos matrimoniais que cercam esta sorte de convivência para que possa ser transformada em casamento (arts. 1723 e 1727, C.C).

No seio da jurisprudência, também não se permitiu confundir a relação de companheirismo com o “concubinato impuro”. É o que se pode depreender do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. – A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou pelo menos, que esteja o companheiro (a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. – Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do direito de família, prerrogativa desta aos bens deixados pelo concubino. – Não há, portanto, como ser conferido status de união estável à relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido.¹

Tendo em vista essa distinção basilar, os Tribunais pátrios passaram a conferir determinados efeitos ao concubinato, notadamente os indenizatórios, uma vez comprovada a parceria de vida não eventual com resultados patrimoniais acrescidos.

Nesse diapasão, é possível encontrar decisões em que se concederam “alimentos” à concubina, o que se dá nos casos em que a mulher comprovadamente não possua outra fonte de renda, além daquela obtida pelo parceiro. É o que se pode vislumbrar na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na apelação cível de ação de alimentos, em que, mesmo diante da simultaneidade entre casamento e concubinato, surge o dever de alimentar, de acordo com a jurisprudência abaixo:

A comprovação da longa relação com intuito familiar entre a demandante e o demandado, inclusive com a geração de duas filhas, acarreta na obrigação do varão de prestar alimentos à concubina. Já em relação à filha maior de idade, em virtude de sua incapacidade laboral comprovada por laudo pericial, também são devidos alimentos. Não obstante, ao sopesar os elementos constantes do binômio alimentar, andou bem o juízo singular ao fixar verba alimentar em 3.000,00 para cada demandante. Negaram provimento aos agravos retidos e a ambos os apelos.²

No mesmo sentido, consolidou-se a possibilidade jurídica de divisão, entre os parceiros, do patrimônio adquirido ao longo da união. Para essa hipótese, supunha-se existir

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 931.155/RS. Recorrente: A.M de O. Recorrido: N da S C. Relator (a): Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 06/08/2007.

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70.023.734.122. Apelante/apelado: C.R.C, V.C.D e J.Y.F.D. Relator: Des. Rui Portanova. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Publicado em 09/06/2006.

uma sociedade de fato entre os conviventes, os quais, por uma ficção jurídica, eram considerados sócios de uma mesma “empresa”. Nesse caso, a partilha se daria com o intuito de evitar o enriquecimento indevido de um dos “sócios” em detrimento do outro, o que, em última instância, se resolveria em termos de ressarcimento de natureza civil e obrigacional.

Com efeito, conforme restou sumulado pelo STF,³ foi admitida a divisão patrimonial entre os conviventes, tendo como pressuposto a comprovação da efetiva contribuição de ambos para a formação do acervo sobre cuja titularidade se quisesse discutir.

Não obstante a relevância das conquistas jurisprudenciais, é fato que, sob a égide do Código Civil pretérito, as prerrogativas dos que viviam em relacionamentos informais se mantiveram restritas, situação que só veio a ser modificada com o advento da Carta Magna de 1988, momento em que o legislador constituinte albergou expressamente no conceito de família a união estável entre um homem e uma mulher. (art. 226, §3º da C.F).

Fosse como fosse, ainda era preciso disciplinar os efeitos da união estável mediante a elaboração de legislação ordinária específica, posto que o art. 226, §3º da C.F carece de auto-aplicabilidade.

De fato, o dispositivo constitucional ora tratado (art. 226, §3º da C.F) é norma constitucional de eficácia limitada, sendo necessário recorrer à legislação infraconstitucional. Não obstante, chegou-se a cogitar que, na ausência de leis específicas referentes à união estável, caberia a utilização analógica da legislação disciplinadora do casamento. Nesse sentido Pazini (2009, p.29) afirma que:

no tocante às relações internas da união estável, isto é, em relação aos direitos e deveres entre os companheiros, entendemos que, na ausência de legislação infraconstitucional própria para estes, deve-se aplicar, por analogia, as disposições que regulam as relações entre os cônjuges.

Partindo de tal premissa, seria possível concluir que, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, os companheiros teriam sido contemplados com diversas prerrogativas, o que incluiria direitos sucessórios. Não obstante, a essa época, aplicar-se-ia aos conviventes os mesmos dispositivos aplicáveis aos cônjuges, um vez que ainda não havia nenhuma lei específica referente ao companheirismo.

Ocorre que tal era uma tese que não encontrou o amparo doutrinário e jurisprudencial necessários para prosperar, de modo que o art. 226, §3º da Constituição Federal permaneceu como norma de baixa aplicabilidade prática.

³ Súmula 380 do STF: “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”.

Para solucionar a celeuma, o legislador ordinário veio a editar duas leis específicas para regulamentar a união estável. A Lei 8.971/94, primeira tratar do companheirismo, assegurou aos conviventes direito a alimentos; concomitantemente, lhes possibilitou o direito de usufruto vidual sobre parte dos bens deixados pelo consorte; haveria ainda a possibilidade de o companheiro ser contemplado com a totalidade da herança deixada pelo parceiro, o que seria possível quando ausentes os parentes em linha reta. Já a Lei 9278/96, encerrou a aplicabilidade da súmula 380 do STF, ao estabelecer presunção *juris et de jure* de que bens adquiridos onerosamente ao longo da convivência são havidos como fruto do esforço comum dos companheiros. Outra conquista importante dos conviventes foi a concessão do direito real de habitação. Por meio desse direito sucessório, o companheiro sobrevivente, em caso de morte do consorte, teria direito de permanecer no imóvel destinado à residência do casal enquanto não constituísse nova união.

Controvérsias à parte, no que tange ao cabimento moral do companheirismo, é consenso que o legislador não poderia mais ignorar esse notável fato social. Isso porque as uniões de fato existem independentemente de lei, de modo que a sua disciplina legal é tão somente uma forma de estabelecer garantias entre os conviventes, evitando que a falta de comprometimento mútuo torne tais relacionamentos verdadeiramente amorais. Como aponta Pazini (2009, p.6) ao asseverar que:

o reconhecimento legal do instituto e sua conseqüente regulamentação visam justamente a promover a dignidade dos companheiros, a estabilidade e a moralidade familiar. A ausência de regulamentação legal é que permitiria que o concubinato fosse vivido de forma irresponsável, contribuindo para o desmantelamento da família. Portanto, a regulamentação do instituto é realmente necessária, mesmo que se pretenda considerá-lo nocivo ao invés de benéfico.

1.3. Elementos caracterizadores da união estável

Conforme exposto, o legislador pátrio, atendendo aos manifestos apelos sociais, se preocupou em elaborar legislação apta a disciplinar o companheirismo. Nesse contexto, passou-se a indagar: quais relações afetivas alcançariam a condição de união estável?

Para fazer frente a tal questionamento, é preciso que se proceda com bastante cautela, tendo em vista as inúmeras conseqüências decorrentes do reconhecimento de uma entidade familiar informal.

Ocorre que, diferentemente do casamento, o qual resta caracterizado por um procedimento formal, a união estável consiste em um estado de fato, cujo reconhecimento

pressupõe um conjunto de circunstâncias das quais possa se depreender haver convívio familiar. Nesse contexto, não raras vezes, se torna difícil reconhecer, com precisão, a existência de uma relação de companheirismo.

Procurando minimizar esse impasse, o art. 1723 do Código Civil, o qual reproduz a redação do art. 1º da Lei 9.278/96, traz à baila alguns elementos essenciais para que uma dada relação possa ser caracterizada como união estável: diversidade de sexos, estabilidade, publicidade, além do objetivo de constituir família. Além destes, é corrente na doutrina a referência a elementos outros, os quais, apesar de não se reputarem imprescindíveis para a configuração do instituto, atuam como importantes elementos de convicção judicial. É esse o entendimento esposado por Czajkowski (1999, p. 63):

Diversos autores sugerem diversos caracteres para a configuração das entidades familiares informais. Se alguns passam a ser legais, de presença obrigatória, os secundários continuam sendo importantes como elementos de convicção e informação, que só o julgador caberá aquilatar

Verifica-se, assim, que os Tribunais pátrios passaram a exercer importante papel na hora de identificar a existência ou não de uma entidade familiar informal, o que, em verdade, só se torna possível ante o caso concreto.

Passemos, pois, a tratar daqueles que, conforme a doutrina majoritária, são os principais elementos caracterizadores da união estável.

1.3.1. Diversidade de sexos entre os companheiros

Até bem pouco tempo, havia seguro entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a diversidade de sexos entre os pares seria elemento imprescindível para a configuração da união estável.

Afinal, tal posicionamento encontraria substrato bastante na literalidade do art. 226, §3º da C.F, o qual reconhece expressamente a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. No mesmo sentido, o art. 1723 do Código Civil alude à união estável como sendo a convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher.

Por isso, há quem afirme que não foi intenção do legislador albergar no conceito de família toda e qualquer relação afetiva entre as pessoas. Nesse caso, os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo não estariam aptos a atingir a condição de união estável. É o que preleciona Gama (2001, p.178-179) “certo ou não, fato é que a Constituição Federal encampou certos modelos de família sociológicas, e, propositadamente, deixou de fora outros.”

Não obstante, é de suma relevância trazer à baila a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a qual modifica substancialmente o posicionamento legalista acima exposto. Isso porque, os ministros do Pretório Excelso, ao julgarem a ADPF nº 132, posteriormente convertida na ADI nº 4.277, a qual visava precipuamente estabelecer uma “interpretação conforme a Constituição” para o art. 1723 do C.C, consideraram, por unanimidade, que as uniões homoafetivas estariam aptas a se tornar entidades familiares merecedoras da mesma proteção outorgada às uniões estáveis heterossexuais.

Para sustentar esse posicionamento, o Ministro relator Ayres Brito, acompanhado dos demais ministros da Casa, amparou-se em dispositivos basilares da Carta Magna. Para tanto, resolveram remarcar que, nos moldes do art. 3º, IV da C.F, um dos objetivos da República Federativa do Brasil é o de promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dentro desse contexto, ressaltou o Ministro que, quando o texto constitucional proíbe a discriminação em razão do sexo das pessoas, não está apenas vedando que homens e mulheres sejam diferenciados pela descoincidência anátomo-fisiológica, revelada através dos órgãos genitais de cada um, coloquialmente chamados de sexo; mas também está proibindo que cidadãos sejam discriminados pelo simples fato de se utilizarem da sua sexualidade da forma que melhor lhes aprouver.

Foi como se posicionou o referido Ministro no seguinte trecho do seu voto:

[...] mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação do preconceito em razão da compostura masculina ou feminina das pessoas, também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual.⁴

Nesse sentido, conclui que o sexo das pessoas não pode ser invocado como fator de desigualação, mesmo porque o texto constitucional se mantém silente a esse respeito, não cabendo à legislação ordinária estabelecer tal discriminação.

Ademais, a liberdade de opção sexual apresenta-se como um direito personalíssimo de todo ser humano. Assim, impedir o indivíduo de formar uma família em razão do exercício de tal direito fundamental iria de encontro a princípios constitucionais de suma importância para o Estado Democrático de Direito, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, da liberdade e do pluralismo de idéias e concepções pessoais.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Publicado em 05/05/2011.

Compartilhando da mesma opinião, o Ministro Celso de Mello, ao enunciar seu voto, enfatiza: “se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual”.⁵

Não obstante, fica sempre a idéia de que, a rigor, a literalidade do art. 226, §3º da C.F deixa afirmado que as relações homossexuais não podem se configurar como entidades familiares. Não obstante, a maioria dos ministros preferiu entender que o legislador constituinte, ao se referir expressamente à união estável entre homem e mulher, não o fez para excluir outros tipos de relações afetivas; mas tão somente para deixar expresso que as uniões heterossexuais de cunho informal estariam equiparadas ao casamento. E nisso há perfeição de raciocínio.

É, aliás, a tese defendida pelo Ministro Celso de Mello, o qual se utiliza de passagem da obra de Sarmiento (2008, p. 619/949) para melhor explicar seu posicionamento:

[...] a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso §3º do art. 226 - deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade (...). Da leitura do enunciado normativo, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais. Esta ausência de referencia não significa, porém, silêncio eloqüente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união de pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento. Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, §3º da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria a *contrario sensu* o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo. Com efeito, o referido preceito foi incorporado no texto constitucional do afã de proteger os companheiros de uniões não matrimonializadas. Por isso, é um contra-senso interpretar esse dispositivo constitucional, que se destina a inclusão, como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais.⁶

Não obstante, mesmo para os que preferem se apegar a uma interpretação literal do art. 226, §3º da C.F, é preciso que ter em mente que o *caput* do art. 226 da C.F, o qual se limita a colocar a família como base da sociedade, merecedora de especial proteção estatal, é considerado pela doutrina moderna como cláusula geral de inclusão. Nesse sentido, preleciona Dias *apud* Lôbo (2002, p.89): “Paulo Lôbo sustenta que o *caput* do art. 226 da C.F é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade.”

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ SARMENTO, Daniel. **Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: Perspectivas Constitucionais**. São Paulo: Lumens Juris, 2008 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15/05/2011.

Nesse sentido, ainda que não se admita que as relações homossexuais sejam uniões estáveis nos moldes das uniões heterossexuais, é forçoso concluir que tais relações merecem ser consideradas uniões estáveis homoafetivas, as quais acabariam formando uma quarta espécie de família, ao lado do casamento, das uniões estáveis heterossexuais, e das famílias monoparentais. Nesse sentido, foi o voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Forma-se então a compreensão de que a diversidade de sexos inevitavelmente deixou de ser elemento imprescindível para o reconhecimento de uma entidade familiar informal. Dessa forma, torna-se possível reconhecer a existência de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que presentes os demais requisitos do companheirismo. Tal revisão de conceitos é perfeitamente compatível com a evolução da sociedade contemporânea, mostrando-se mesmo necessária para que a jurisprudência e a legislação pátrias não se tornem obsoletas frente à nova realidade social que se impõe.

1.3.2. Durabilidade da relação

Da literalidade do art. 1723 do C.C, infere-se que a durabilidade da relação é elemento indispensável para a configuração da união estável. Nesse sentido, verifica-se que o legislador, ao atribuir proteção à união informal, não pretendeu incluir aí relacionamentos meramente ocasionais, os quais não possuam o compromisso necessário para serem considerados famílias, posto que tal designação requer uma vinculação não eventual ou fortuita.

Exige-se, pois, estabilidade para que uma determinada relação afetiva faça jus às prerrogativas próprias de família. Consoante a tal afirmativa Pazini (2009, p.64) expõe que:

Não seria razoável que o legislador atribuísse status de entidade familiar a uma união circunstancial. A formação de uma família não se dá simplesmente pela união meramente casual e passageira de um homem e uma mulher. A durabilidade revela a seriedade da relação.

Partindo de tal premissa, a jurisprudência pátria vem afastando do conceito de família as relações efêmeras, marcadas pelo caráter meramente episódico. É o que se pode ver a seguir no julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

No caso em tela, o que vê é que apenas em um intervalo de tempo curtíssimo as partes coabitaram o mesmo imóvel após a celebração do casamento religioso, e, mesmo assim, numa relação que, desde o início, revela ter sido extremamente conflituosa, o que talvez justifique a separação do casal em apenas quatro meses interrompendo os efeitos civis da união religiosa. Assim de um lado, embora não haja rigidez legal na estipulação do tempo de convivência, o fato é que, *in casu*, não há como considerar esse tempo de convivência como satisfatório a atender os

requisitos da união estável, que porquanto, por sua tão pequena duração, seria inábil a caracterizar a estabilidade da relação.”⁷

Ocorre que, a rigor, o art. 1º da Lei 9.278/96, cuja redação foi reproduzida pelo atual Código Civil (art. 1723), derroga o requisito temporal estipulado pela antiga Lei 8.971/94, segundo a qual seria necessário o tempo mínimo de cinco anos de convivência ou a presença de prole para que uma dada relação fosse considerada união estável.

Por essa feita, ter-se-á que a atual legislação deixa de fixar prazo mínimo para o reconhecimento de uma entidade familiar informal. Não obstante, a durabilidade e a estabilidade do convívio continuam sendo requisitos legais para a caracterização do companheirismo.

Nesse contexto, caberá ao julgador a tarefa de, ante o caso concreto, determinar se o tempo de convivência do casal é ou não suficiente para que a relação seja considerada união estável. Nesse sentido, preleciona Parizatto (1999, p. 82)

Na falta de dispositivo legal acerca do tempo para aferição da união estável, cumprirá ao juiz analisar cada caso específico, para se verificar a existência ou não da relação concubinária, socorrendo-se dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais já existentes sobre a matéria.

Verifica-se, pois, a necessidade de os Tribunais pátrios exercerem um juízo de razoabilidade, posto que, além da questão meramente quantitativa, também devem ser considerados todos os demais elementos caracterizadores do companheirismo, a fim de que eventual união estável seja reconhecida com maior precisão.

1.3.3. Continuidade da relação

Outro requisito legal, imprescindível para a configuração da união estável, é a continuidade da convivência (art. 1723 do C.C). Tal requisito, embora intimamente relacionado à durabilidade, com ela não se confunde. Aqui, é salutar trazer à baila a distinção feita por Pazini (2009, p.71) que defende que “a durabilidade refere-se ao tempo de existência do relacionamento. Já a continuidade refere-se à necessidade de esse tempo não sofrer interrupções.”

De fato, para que reste satisfeito o requisito legal da estabilidade, não basta o simples prolongamento da vida em comum. Também se faz necessário que a relação seja vivenciada

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.06.020778-4/001. Relator: Des. Elias Camilo. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Publicado em 01/04/2009.

com equilíbrio, o que de certo não ocorrerá quando o convívio for marcado por cessações abruptas.

Não obstante, é necessário que tal requisito seja considerado com certa ponderação. Nesse sentido, ter-se-á que pequenas interrupções na relação, causadas por desentendimentos episódicos, não têm o condão de descaracterizar uma união estável. Em tais casos, preceitua Moura *apud* Pazini (2009, p.71) que “o retorno ao estado anterior não deve ser visto como novo concubinato, mas como elo da mesma comunidade de vida.”

Conclui-se, pois, que, ao colocar a continuidade como elemento obrigatório para configuração da união estável, a intenção do legislador não foi a de exigir ausência total de interrupções no relacionamento, mas tão somente a de evitar o reconhecimento de uma entidade familiar em virtude da soma de intervalos totalmente aleatórios de convivência.

1.3.4. Publicidade

Nos moldes do art. 1723 do Código Civil, é possível concluir que a publicidade é outro elemento necessário para que o relacionamento esteja apto a gozar das prerrogativas de uma união estável.

Ocorre que, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial correntes, o vocábulo “pública”, utilizado no texto legal, não deve ser interpretado de forma literal, de modo que basta a notoriedade da relação para que o requisito legal reste satisfeito. É esse também o entendimento esposado por Veloso *apud* Dias (1997, p.69):

Apesar de a lei ter usado o vocábulo público como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige, com certeza, é a notoriedade. Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público.

Por essa feita, convencionou-se que, para a configuração da união estável, não é necessário que a relação seja de conhecimento de toda a comunidade, mas tão somente que a união seja conhecida no círculo social onde vivam os pares.

Em suma, o que o legislador procurou evitar foi que relacionamentos mantidos “às escondidas”, fosse por razões legais ou morais, acabassem sendo considerados uniões estáveis. Assim, nas palavras de Pazini (2009, p.85) “sempre será necessário o conhecimento de, pelo menos um grupo, ainda que restrito de pessoas.”

1.3.5. Objetivo de constituir família

Além da notoriedade e da estabilidade, o atual Código Civil (art. 1723 C.C) exige também um requisito de ordem subjetiva para a configuração da união estável. Nesse sentido, reconhece-se como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, sendo esta a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família.

É, pois, imprescindível que o casal tenha a finalidade de estabelecer uma comunhão de vidas para que seja possível reconhecer uma entidade familiar informal. Caso contrário, haverá simples namoro, esperando-se o advento de verdadeira “*affectio maritalis*” para que a relação atinja prerrogativas próprias de família.

Como se pode depreender, para aferição deste elemento volitivo, torna-se necessário averiguar o nível de comprometimento dos pares, bem como a relevância que ambos atribuem à relação. Nesse sentido, ter-se-á que o reconhecimento de uma união estável tem como pressuposto a inequívoca vontade de cada um dos membros do casal de compartilhar a vida com o outro, estabelecendo convivência tal qual se fossem marido e mulher.

Nesse contexto, defende Gama (2001, p. 157) que:

[...] está ínsita na idéia de constituição de família o desejo dos companheiros de compartilharem a mesma vida, dividindo as tristezas e alegrias, os fracassos e os sucessos, a pobreza e a riqueza, enfim, formar um novo organismo distinto de suas individualidades.

Para o autor, ficam excluídos do conceito de união estável todos os relacionamentos onde esteja ausente a intenção dos pares de compor uma família. Tais relações, não obstante possam preencher todos os demais elementos caracterizadores da união estável, ficarão desprovidas da proteção outorgada ao instituto.

Nesse sentido, entende a jurisprudência pátria:

Apelação cível. Reconhecimento e dissolução de união estável. Ausente objetivo de constituir família. Inexistência de prova da comunhão de vida. Improcedência. - A união estável se caracteriza pela convivência pública, contínua e duradoura entre um casal com o objetivo de constituir uma família. Ao contrário do que ocorre no namoro, os conviventes se apresentam perante a sociedade como se casados fossem, e assumem para si ânimo próprio dos casados, de se constituírem enquanto entidade familiar. - Inexistindo indícios suficientes a demonstrar que a natureza do relacionamento se estendia para além de um namoro duradouro, por não haver prova da existência de vida em comum de reconhecimento público, assemelhada a um casamento, descabe a declaração da sociedade da união estável.⁸

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.05.827570-2/001. Relator: Des(a). Heloísa Combat. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Publicado em 09/01/2009.

Assim, é possível concluir que, não raras vezes, os juristas se vêem levados a recorrer ao elemento subjetivo ora exposto para distinguir a verdadeira união estável do simples namoro, do qual, em tese, não são gerados quaisquer implicações patrimoniais.

1.3.6. Ausência de impedimentos matrimoniais

Da literalidade do art. 1723, §1º do Código Civil, depreende-se que a ausência de impedimentos matrimoniais é outro elemento imprescindível para que a união entre pessoas possa ser tratada como união estável. Dentro desse contexto, o mencionado parágrafo faz menção ao art. 1521 do Código Civil, o qual enumera as hipóteses em que as pessoas estão impedidas de casar, é o que se pode ver abaixo:

Art. 1.521. Não podem casar:

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

II - os afins em linha reta;

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

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

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Como se pode depreender, a maioria desses dispositivos visa impedir uniões entre parentes em grau muito próximo. Tal se opera pelo fato de a sociedade, desde muito, apresentar verdadeira aversão a uniões incestuosas, por não apontarem nenhuma naturalidade. Relações de tal ordem não são mesmo merecedoras de proteção legal. Nesse sentido, aponta Pazini (2009, p.93) que,

Jamais pretendeu o legislador incentivar, ou sequer reconhecer e outorgar efeitos próprios de família àquelas uniões constituídas entre parentes próximos, que relegam dogmas intangíveis que há muito foram acatados pela consciência social. Inadmissível é, portanto, a constituição da família dita incestuosa.

Da mesma forma, a lei proíbe que pessoas casadas, enquanto tal, constituam novo matrimônio ou venham a viver em suposta união estável. Tal impedimento tem por fim preservar a unicidade de vínculos, eleita pelas sociedades ocidentais como um padrão de

moralidade que deve necessariamente vigor no seio das entidades familiares. Não se pode aqui compactuar com a bigamia, sabendo a lei enfrentar os efeitos de um casamento juridicamente inadmitido (art. 1561, C.C).

Cumprе mencionar aqui a ressalva feita na parte final do próprio art. 1723, §1º do C.C, segundo o qual pessoas casadas poderão, sim, compor uma relação de companheirismo, desde que separadas de fato. Tal entendimento já havia sido manifestado pela doutrina mais abalizada, por se entender que a simples existência de uma sociedade conjugal em vias de solver-se não poderia impedir a composição de um novo organismo familiar. Da mesma forma, já se manifestaram por diversas vezes os Tribunais pátrios:

União estável. Partilha de bens adquiridos durante a convivência. Separação de fato. Precedentes da corte. O reconhecimento da separação de fato é suficiente para deferir a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum, reconhecidas nas instâncias ordinárias a união estável, pouco relevando que o vínculo matrimonial não tenha sido formalmente rompido.⁹

Por fim, o art. 1521, VII do Código Civil proíbe o cônjuge supérstite de constituir matrimônio com aquele que haja findado com a vida do seu consorte. Esta dirimente visa evitar que um dos cônjuges se alie ao amante para livrar-se do outro; e, por esse meio torpe, possa compor novo organismo familiar.

Em resumo, o legislador enumerou determinadas situações em que os pares se vêm impedidos de constituir matrimônio. Da mesma forma, em atenção às importantes consequências decorrentes do reconhecimento de uma união estável, deixou claro que os relacionamentos entre pessoas impedidas de casar também não poderiam ser considerados uniões estáveis, mas sim mero concubinato, aptos a gerar, tão somente, efeitos patrimoniais.

1.4.7. Coabitação

Conforme entendimento pacificado, a comunhão de vidas é pressuposto indispensável para elevar uma dada relação à condição de união estável. Não obstante, resta saber se a coabitação dos partícipes é ou não necessária para a consecução de tal efeito.

Alguns doutrinadores, apegando-se a uma visão mais tradicionalista do Direito de Família, entendem que, apesar de não restar expressamente mencionada em lei, a *more uxório* é sim elemento imprescindível para a configuração da união estável.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 466.729/SP. Relator: Ministro Carlos Alberto Direito. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 01/09/2003.

Tais posicionamentos partem da premissa de que a união estável nada mais é senão um relacionamento com aparência de casamento. Por isso, se os cônjuges habitualmente mantêm a *more uxório*, e os companheiros devem viver como se casados fossem, nada mais natural do que eleger a coabitação como elemento caracterizador da união estável.

Nesse sentido, Parizzato (1999, p.56) defende que:

A coabitação dos concubinos contribuirá e muito para a conceituação da união estável entre um homem e uma mulher, pois que, se os mesmos estão unidos, não se justifica, a nosso ver, que residam em moradias autônomas, deixando assim de conviver maritalmente juntos.

Acontece que, com a liberalização dos costumes, novas formas de convívio vêm se disseminando no seio da sociedade. Hoje, é cada vez mais comum que até pessoas casadas não vivam sob o mesmo teto, seja por impossibilidades de qualquer ordem ou mesmo por simples opção, o que ocorre quando os consortes entendem que a manutenção de moradias autônomas é a melhor forma de conduzir a relação, viabilizando-a algumas vezes.

Ora, se, atualmente, a ausência de coabitação não é mais elemento suficiente para descaracterizar o matrimônio, nada mais razoável do que concluir que a *more uxório* é também prescindível para a caracterização da união estável.

Em suma, não é a coabitação que vai determinar uma relação de companheirismo, que pode existir independentemente de moradia do casal debaixo de um mesmo teto.

É nesse sentido que vem entendendo a jurisprudência pátria, a exemplo do julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Presentes os requisitos do artigo 1723 do Código Civil, mister se faz o reconhecimento da união estável havida entre a postulante e o *de cujus*. O fato de o falecido não residir exclusivamente com a apelada não desnatura a existência da união estável, porquanto a convivência dos companheiros sob o mesmo teto é dispensável para o reconhecimento da união estável, a teor da súmula 382 do STF.¹⁰

Posicionamentos de tal ordem partem do pressuposto de que, para a caracterização da união estável, prepondera o elemento anímico sobre a simples proximidade física, como indica Pereira (1999, p.44) ao afirmar que:

É preciso considerar que o conceito de comunidade ou comunhão de vida tem sofrido profundas mudanças na contemporaneidade. A tendência parece ser mesmo a de dispensar a convivência sob o mesmo teto para a integração do concubinato.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20060110119568. Relator: José Divino de Oliveira. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 21/03/2009.

Não obstante, é preciso ter em mente que, apesar de a coabitação não ser exigência para a configuração da união estável, a existência da *more uxório* pode ser utilizada por qualquer dos consortes, a fim de provar mais facilmente a configuração do companheirismo frente à autoridade judicial.

CAPÍTULO II - DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS

2.1. Breve retrospecto dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro

Conforme entendimento reiterado, a transmissão dos bens das pessoas falecidas aos parentes é prática corrente desde os tempos mais remotos, ou como aponta Oliveira (2009, p.15) “perde-se nas brumas da história a origem do direito sucessório.”

Ocorre que, até um passado relativamente recente, o cônjuge ocupava posição sucessória de bastante inferioridade, quando comparado com os demais parentes sucessíveis do *de cuius*. Em situação ainda mais delicada, estava o chamado companheiro(a), o qual encontrava-se desprovido de todo e qualquer direito sucessório.

Seguindo tais premissas, as Ordenações Filipinas, editadas por volta de 1603, dispunham que o cônjuge da pessoa falecida só seria chamado à sucessão se o *de cuius* não houvesse deixado descendentes, ascendentes ou colaterais até o 10º grau.

Na mesma linha axiológica, adveio a Consolidação das Leis Civis, editada em 1858, sob a direção de Teixeira de Freitas. Tal legislação previa expressamente (art. 959) que “a sucessão se defere na seguinte ordem: aos descendentes; na falta de descendentes, aos ascendentes; na falta de uns e outros, aos colaterais até o 10º grau, por direito civil; na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente; ao Estado em último lugar”.

Verifica-se, pois, que, seguindo os ditames dessa legislação, eram raras as situações em que o cônjuge sobrevivente poderia, de fato, ser contemplado com os bens deixados pelo seu consorte. Assim, vislumbra-se que, na grande maioria dos casos, o consorte acabava sendo excluído da sucessão em detrimento de parentes em grau afastadíssimo.

Em crítica ao sistema legislativo até então vigente, o qual praticamente inviabilizava a sucessão *ab intestato* do cônjuge, Beviláqua *apud* Veloso (2010, p.20) exarou o seguinte entendimento: “unidos pelo mais íntimo dos laços, pela comunhão de afetos e de interesses, era uma necessidade moral indeclinável conceder ao cônjuge sobrevivente direito sucessório preferente aos colaterais.”

Ocorre que, não obstante as críticas veementes, a apontada distorção na ordem de vocação hereditária só veio a ser sanada pelo Decreto nº 1839, de 1907, mais conhecido como Lei Feliciano Pena. A partir daí, o cônjuge passou a assumir o terceiro lugar na ordem de chamamento hereditário, depois dos descendentes e ascendentes. Já os colaterais, passaram à quarta posição, de modo que tais parentes só poderiam ser chamados à sucessão na ausência de descendentes, ascendentes ou cônjuge sucessível.

Seguindo as mesmas premissas, adveio o Código Civil de 1916, o qual previa (art. 1603) a seguinte ordem de vocação hereditária: I) aos descendentes; II) aos ascendentes; III) ao cônjuge sobrevivente; IV) aos colaterais; V) ao Município, ao Distrito Federal ou à União. Como consectário lógico, a legislação civil pátria também previa (art. 1611) que “à falta de descendentes ou ascendentes, seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte outro, não estavam desquitados.” Mais tarde, com a edição da Lei do Divórcio, o texto legal passou a dispor “se não estava dissolvida a sociedade conjugal.” Por fim, cabe mencionar ainda o art. 1612 da legislação pretérita, o qual previa “se não houver cônjuge sobrevivente ou ele incorrer na incapacidade do artigo 1611, serão chamados a suceder os colaterais até o 6º grau”. Posteriormente, verificaram-se sucessivas alterações no mencionado dispositivo legal, culminando com a edição do Decreto-Lei nº 9461, o qual limitou a sucessão dos colaterais até o 4º grau, limitação essa que foi mantida pela atual legislação civil.

Infere-se, pois, que o Código Civil de 1916 consolidou a posição sucessória do cônjuge como ocupante do terceiro lugar na ordem de chamamento hereditário. Todavia, o cônjuge supérstite ainda mantinha a qualidade de herdeiro facultativo, sendo perfeitamente viável a sua exclusão da sucessão, mediante disposição de última vontade.

Diante de tal contexto, editou-se a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, mais conhecida como Estatuto da Mulher Casada. Tal legislação, de caráter essencialmente assistencial, tinha o intuito de evitar um eventual desamparo econômico do cônjuge supérstite, preocupação essa que só encontrava justificativa nos casos em que a sociedade conjugal efetivamente existia à data do óbito. Para tal mister, determinou o acréscimo de dois parágrafos ao art. 1611 do Código Civil prevendo que caberia ao viúvo(a) o usufruto de parte dos bens deixados pelo consorte se o regime matrimonial não fosse o da comunhão universal. Qual seja, no caso de não ser meeiro, o cônjuge sobrevivente teria assegurado, enquanto durasse a viuvez, o usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo *de cujus*, se presentes descendentes exclusivos ou comuns; tal cota se elevaria para a metade dos bens deixados pelo *de cujus* se, embora ausentes descendentes, houvesse ascendentes (art. 1611, § 1º, C.C/1916).

Em contrapartida, no caso de o regime de bens ser o da comunhão universal, caberia ao cônjuge supérstite tão somente direito real de habitação, relativamente ao imóvel residencial do casal, o que seria possível enquanto durasse a viuvez e desde que não houvesse outros bens daquela natureza a inventariar (art. 1611, §2º, C.C/1916).

Quanto às benesses previstas no art. 1611 do Código pretérito em prol dos cônjuges, é possível colacionar as seguintes decisões jurisprudenciais:

Embargos de terceiro. Direito real de habitação. Art. 1611 § 2º do Código Civil de 1916. Usufruto. Renúncia do usufruto: repercussão no direito real de habitação. Registro imobiliário do direito real de habitação. Precedentes da corte. - A renúncia ao usufruto não alcança o direito real de habitação, que decorre de lei e se destina a proteger o cônjuge sobrevivente mantendo-o no imóvel destinado à residência da família. - O direito real de habitação não exige o registro imobiliário. - Recurso especial conhecido e provido.¹¹

Civil. Cônjuge sobrevivente. Imóvel. Direito real de habitação. - Ao cônjuge sobrevivente, observadas as prescrições legais, é assegurado o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado à residência da família, a teor do disposto no §2º do Art. 1611 do Código Civil de 1916. - Nesse contexto, recusa o entendimento pretoriano, a extinção do condomínio pela alienação do imóvel a requerimento do filho, também herdeiro. - Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença julgando improcedente a ação de extinção de condomínio.¹²

Nesse sentido, é possível concluir que o tratamento sucessório dos cônjuges tornou-se substancialmente mais benéfico sob a égide da legislação civil pretérita. Não obstante, é fato que o Código velho continuou negando direitos sucessórios àqueles que viviam em uniões informais. É o que se pode depreender da seguinte decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Sucessão. Inventário. Usufruto pretendido pela concubina. - o direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo consorte, na forma do art. 1611, par. § do código civil, com a redação que lhe deu a lei 4.121/62, é privativo do cônjuge casado sob o regime da separação de bens. - não pode ser invocado por concubina, que não é herdeira do companheiro e faz juz apenas a partilha do acervo adquirido pelo esforço comum, provando a existência de uma sociedade de fato entre os dois. - recurso não conhecido, prejudicada a ação cautelar.¹³

Foi somente sob a égide da Constituição Federal de 1988 que se reconheceu expressamente a união estável havida entre um homem e uma mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento, a teor do que estabeleceu o art. 226, §3º da Carta Magna. A partir de então, efetivamente, tal relação, nascida de modo informal, passou a ter status de entidade familiar, sendo como tal considerada para todos os efeitos legais que se foram admitindo, inclusive os sucessórios.

De fato, observou-se a edição das Leis de nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e de nº 9.278, de 10 de maio de 1996, aquela cuidando do direito à sucessão entre os companheiros e esta, ao regulamentar o art. 226, §3º da Constituição, instituindo o direito real de habitação em proveito do convivente sobrevivente.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 565820. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 15/09/2004.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 234276. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 19/04/2004.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 37168. Relator: Ministro Antônio Torreão Braz. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 19/08/1994.

2.2. Direitos sucessórios dos companheiros sob a égide da Lei 8.971/94

Antes de tratar da legislação infraconstitucional referente aos direitos sucessórios dos conviventes, cabe retornar a questionamento levantado no primeiro capítulo deste trabalho (item 1.2). É quando se indaga: os direitos sucessórios dos companheiros surgiram desde o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar? Ou, ao revés, teria sido necessário aguardar a legislação infraconstitucional específica para o advento de tais prerrogativas?

Nesse contexto, cabe mencionar, mais uma vez, a opinião de Cláudio Ferreira Pazini, segundo o qual os direitos sucessórios entre os companheiros existiriam desde a entrada em vigor da Carta de 1988. Para tal, aplicar-se-ia analogicamente aos conviventes a legislação que disciplinava os direitos sucessórios entre os cônjuges, no período que antecedeu a edição da Lei 8.971/94.

Não obstante a relativa coerência da tese, não se verificou a existência de corrente doutrinária mais substancial da qual se pudesse deprender que os direitos sucessórios entre os companheiros preexistiam à edição da Lei 8.971/94.

De acordo com Gama (2001, p.42) “a doutrina, à unanimidade, reconhece a inexistência de direito à sucessão legítima no período anterior à edição da Lei 8.971/94.” Seguindo a mesma linha de raciocínio, Azevedo (2001, p.373) sustenta que “os direitos sucessórios não existiam para os companheiros de pessoas falecidas antes da vigência da Lei 8.971/94.”

Assim, no geral, pacificou-se que os direitos sucessórios entre os companheiros só surgiram efetivamente com a entrada em vigor da Lei 8.971/94.

2.2.1. Requisitos legais para o deferimento de direitos sucessórios entre os companheiros

Para tratar com maior propriedade dos direitos sucessórios instituídos pela Lei 8.971/94 em prol dos conviventes, é necessário ressaltar que a concessão de tais direitos estava condicionada aos requisitos que o diploma legal em tela impôs para que um dado relacionamento fosse reconhecido como união estável.

Nesse contexto, pode-se deprender, da literalidade do art. 2º, *caput* da Lei 8.971/94, que o companheiro sobrevivente só seria chamado à sucessão do seu consorte, caso atendidas as exigências feitas pelo art. 1º da lei, *in verbis*:

Art. 1º: A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Verifica-se, pois, que, para a concessão de direitos sucessórios nos termos da Lei 8.971/94, exigia-se, antes de mais nada, que a união fosse constituída por pessoas desimpedidas. Nessa direção dispõe Pazini (2009, p.200) “somente o relacionamento entre pessoas desimpedidas poderia caracterizar união estável e, conseqüentemente, criar direitos sucessórios para os companheiros.”

Nesse sentido, infere-se que, *a priori*, só seria cabível falar em sucessão *causa mortis* entre os conviventes, se ambos fossem solteiros, divorciados, viúvos ou separados judicialmente.

Questão interessante surgia quando se indagava acerca da situação dos separados de fato, os quais não se encontravam no rol legislativo enumerador das pessoas desimpedidas. Em tais casos, a doutrina e a jurisprudência mais abalizada manifestaram entendimento no sentido de que, apesar da omissão legal, pessoas separadas de fato poderiam, sim, constituir união estável, e, por essa feita, adquirir direitos sucessórios.

Nesse viés, caberia ainda trazer à baila a situação daqueles que viviam em união estável putativa. Aqui estariam inclusas as pessoas de boa-fé, as quais acreditavam manter uma relação de companheirismo, por serem alheias ao impedimento que cercava o consorte. Em tais circunstâncias, prevalecia o entendimento de que o convivente inocente, o qual verdadeiramente acreditava compor uma entidade familiar, teria todos os direitos sucessórios assegurados.

Outro requisito legal imposto para o reconhecimento da união estável, o qual inevitavelmente repercutia na concessão dos direitos sucessórios, era o de que o relacionamento tivesse duração mínima de cinco anos ou, caso contrário, que houvesse prole. Nesses termos, portanto, relações de duração inferior a cinco anos e sem prole não eram hábeis para gerar a sucessão *causa mortis* entre os pares. Nesse contexto, ter-se-á o seguinte julgado:

União Estável. Reconhecimento. Prazo. Lei nº 8.971/94. - O prazo de cinco anos a que se refere o Art. 1º da Lei nº 8.971/94 está confinado aos benefícios da Lei nº 5.478/68 e aos direitos sucessórios, não condicionando o conceito de união estável, que já na Lei 9.278/96 está apresentado como “convivência duradoura, pública e

contínua de um homem e uma mulher estabelecida com o objetivo de constituir família”. - Recurso especial não conhecido.¹⁴

Não obstante, já se observava certa flexibilização jurisprudencial da exigência, posto que, em determinadas circunstâncias, os Tribunais pátrios viam-se diante de relacionamentos estáveis, os quais certamente deixaram de preencher o quinquênio legal tão somente pelo óbito de um dos companheiros. É o que preleciona Pazini (2009, p.201) “a jurisprudência vinha sendo flexível na aplicação de tal exigência por presumir que o relacionamento interrompido antes do quinquênio pela morte de um dos consortes poderia ter-se prolongado por prazo maior se este continuasse vivo.”

Por fim, óbvio se faz concluir que o chamamento sucessório do companheiro tinha como pressuposto lógico a manutenção da união estável à época do óbito. Diante disso, se a relação de companheirismo já houvesse cessado no momento do falecimento do autor da herança, não cabia falar em direitos sucessórios do consorte. Esse foi também o entendimento exarado pela jurisprudência pátria, a exemplo do julgado do Superior Tribunal de Justiça exposto abaixo:

1. Nos termos do art. 217 da Lei nº 8.112/90, são beneficiários das pensões os companheiros designados que comprovem união estável, nada sendo dado ao intérprete acrescer o requisito da dependência econômica, que deve ser presumida.
2. Se a sentença se baseou em dois fundamentos suficientes e apenas um deles foi atacado na apelação e no recurso especial, opera-se o trânsito em julgado da decisão pelo outro, irrecorrido.”
3. Ademais, o quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias não autoriza a concessão do benefício pleiteado, dado que a ora recorrente, à época do óbito da servidora, não preenchia a condição de companheiro, visto que a união estável já havia se desfeito.
4. Recurso improvido.¹⁵

Para Gama (2001, p.437) “a doutrina, em regra, se posiciona no sentido da necessidade da constância do companheirismo no momento da morte do autor da herança, para se deferir a sucessão legítima.” Na mesma linha de raciocínio, complementa Wald *apud* Pazini (2009, p.201/202) ao apontar que em “caso contrário, poderíamos inclusive ter várias concubinas pleiteando os direitos hereditários do mesmo companheiro, por terem tido, cada uma, união estável com o *de cujus*.”

2.2.2. Direitos sucessórios outorgados pela Lei 8.971/94

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 246909. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em 06/12/2001.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 389348. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 18/09/2004.

De uma leitura do art. 2º da Lei 8.971/94, infere-se que referido dispositivo instituiu dois importantes direitos sucessórios em prol dos companheiros: direito de usufruto vidual sobre parcela do patrimônio deixado pelo consorte, no caso de haver descendentes, ascendentes, ou herdeiro testamentário; e direito de propriedade sobre a totalidade do patrimônio deixado pelo *de cujus*, no caso de não haver descendentes, ascendentes ou qualquer disposição testamentária por meio da qual o autor da herança contemple outrem com o patrimônio por ele deixado. Essa era a regra invocada:

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

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos exclusivos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

2.2.2.1. Direito de propriedade

Nos termos do inciso III do art. 2º da Lei 8.971/94, restava inequívoco que, na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro supérstite seria contemplado com a totalidade do patrimônio deixado pelo seu consorte, como pode ser verificado na jurisprudência abaixo:

1. O Art. 462 do CPC permite, tanto ao juízo singular como ao Tribunal, a análise de circunstâncias outras que, devido a sua implementação tardia, não eram passíveis de resenha inicial.
2. Tal diretriz deve ser observada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o Art. 462 não possui aplicação restrita às instâncias ordinárias, conforme precedentes da Casa.
3. Havendo reconhecimento de união estável e inexistência de ascendentes ou descendentes do falecido, à sucessão aberta em 28.02.2000, antes do Código Civil de 2002, aplica-se o disposto no Art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.971/94, circunstância que garante ao companheiro a totalidade da herança e afasta a participação de colaterais do *de cujus* no inventário.
4. Recurso especial conhecido e provido.¹⁶

Operou-se, pois, ainda que de forma implícita, uma modificação na ordem de vocação hereditária, posto que o convivente, até então sem espaço na sucessão legítima, passou a ocupar o terceiro lugar no chamamento sucessório, tornando-se apto a excluir os colaterais do *de cujus*. Consoante a esta afirmação preleciona Oliveira (2009, p.151) que,

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 704637. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em 22/03/2011.

Pelas leis da união estável, passou a ser admitida a sucessão *causa mortis* entre os companheiros (...), com implícita alteração na ordem de vocação hereditária, uma vez que, existindo companheiro com direito à herança, afastava-se o chamamento dos colaterais sucessíveis.

Restaria a depreender-se que a Lei 8.971/94, editada sob a égide do Código Civil de 1916, praticamente equiparou a posição sucessória do cônjuge e do companheiro, de modo que ambos só seriam chamados à sucessão legítima quando inexistissem descendentes ou ascendentes do *de cuius*, posto vez que, àquela época, não se falava em concorrência sucessória no que tocava ao direito de propriedade.

Ademais, cabe ressaltar que, não obstante a Lei. 8.971/94 tenha elevado o companheiro à categoria de herdeiro legítimo, era corrente que os partícipes de uniões estáveis, tal qual ocorria com os cônjuges, mantiveram-se como herdeiros facultativos ou não necessários. Era também esse o entendimento exarado pelos Tribunais, como foi o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Agravo regimental - agravo de instrumento- sucessão testamentária - lei 8.971/94 - perda do objeto do recurso por força de decisão que determinou o registro e inscrição do testamento.

1. Pretende a agravante, em verdade, é que se desconsidere o testamento deixado por seu companheiro, ao argumento de que com a Lei 8.971/94, a sucessão seria legítima e não testamentária. Contudo, tal não sucede posto que o referido diploma legal não instituiu a companheira como herdeira necessária, mas apenas a incluiu na ordem da sucessão legítima ao lado do cônjuge sobrevivente.
2. Perda do objeto do recurso por força de decisão que determinou o registro e inscrição do testamento. Ademais, ressalta-se que está em vias de processamento nessa Corte outro recurso interposto da decisão referida no acórdão.
3. Agravo regimental desprovido.¹⁷

Nesse viés, seria perfeitamente possível que o autor da herança excluísse o companheiro do chamamento sucessório. Para tal objetivo, bastaria que dispusesse de todos os seus bens em ato de última vontade sem contemplá-lo. Nesse sentido, preleciona Pazini (2009, p.205) “Pela expressão totalidade da herança enunciada no inciso III do art. 2º da Lei 8.971/94, entenda-se totalidade da herança que não foi objeto de testamento válido e eficaz.”

Não obstante, é preciso ter em mente que, apesar de não impedir a exclusão do companheiro sobrevivente da sucessão, a Lei 8.971/94 estabelece mecanismos outros para evitar eventual desamparo econômico do convivente supérstite. Para tal mister, instituiu em prol do companheiro direito real de usufruto sobre parte do patrimônio deixado pelo *de cuius*. É o que ministra Oliveira (2002, p.273): “a exclusão da companheira poderia privá-la apenas

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo regimental no agravo de instrumento 1997/0087119-9. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em 19/06/2008.

do recebimento da propriedade dos bens, caso em que a mesma passaria a fazer jus ao usufruto.”

2.2.2.2. Direito real de usufruto

Conforme exposto, depreende-se da Lei 8.971/94 que, nos casos em que havia descendentes, ascendentes ou herdeiro testamentário contemplado com a totalidade da herança, o companheiro não seria beneficiado com a propriedade de qualquer bem deixado pelo seu consorte.

Não obstante, os incisos I e II do art. 2º da aludida legislação dispunham que, em tais circunstâncias, restaria ao companheiro sobrevivente direito real de usufruto sobre parte do patrimônio deixado pelo *de cuius*.

Aqui, cabe ressaltar que tal prerrogativa do companheiro, de caráter essencialmente protetivo, não poderia ser afastada por qualquer ato de vontade do consorte, de modo que, no que tocava ao direito real de usufruto, pode-se dizer que o convivente apresentava-se, sim, como herdeiro necessário. É esse também o entendimento exarado por Pazini (2009, p.205) quando expõe que “nos termos da Lei 8.971/94, o companheiro supérstite, embora colocado como herdeiro facultativo da propriedade dos bens deixados pelo *de cuius*, foi considerado herdeiro necessário do direito real de usufruto.”

Nesse sentido, o art. 2º da Lei 8.971/94 previa que, no caso de o *de cuius* ter deixado filhos comuns ou exclusivos, caberia ao companheiro sobrevivente o usufruto sobre a quarta parte do patrimônio deixado.¹⁸ Em contrapartida, no caso de não haver descendentes, mas sobreviverem ascendentes do *de cuius*, o usufruto recairia sobre a metade do patrimônio herdado.

Instituiu-se, pois, a possibilidade de concorrência sucessória entre o companheiro supérstite e outros herdeiros legítimos do *de cuius*, concorrência esta a qual se daria em cotas variáveis, a depender do fato de o convivente estar concorrendo com ascendentes ou descendentes do consorte.

Questão mais complexa surgia nos casos em que se instituía concorrência sucessória entre o companheiro sobrevivente e um herdeiro testamentário, contemplado com a totalidade da herança do *de cuius*. Em tais circunstâncias, a doutrina costumava entender que o usufruto viual recairia sobre a metade dos bens deixados, posto que a lei só limitava o direito de

¹⁸ Note-se que, embora os incisos I e II do art. 2º da Lei 8.971/94 se refiram a filhos, a doutrina mais abalizada entende que o legislador, em verdade, objetivou estender o disposto a todo e qualquer descendente do *de cuius*.

usufruto à quarta parte do patrimônio nas hipóteses em que o companheiro concorria com os descendentes do *de cuius*.

Outra questão interessante estava em saber: no caso de o autor da herança ter deixado, além de descendentes ou ascendentes, herdeiros instituídos, a quem caberia suportar o usufruto vidual?

Partindo de tais circunstâncias fáticas, houve quem entendesse que o usufruto vidual deveria ser suportado tão somente pelos herdeiros legítimos, haja vista a liberdade de testar do autor da herança, o qual, *a priori*, poderia dispor de metade do seu patrimônio da forma que melhor lhe aprouvesse, sem quaisquer ônus.

A doutrina mais abalizada, amparando-se nos princípios de proteção da família, sustentava que, em tais casos, os herdeiros testamentários deveriam ser onerados em detrimento dos herdeiros legítimos. Nesse sentido é a lição de Gama (2001, p.446) “o ônus deveria recair sobre os bens que não integram a legítima, devendo os herdeiros testamentários suportar o exercício do usufruto sobre o patrimônio herdado.”

Aqui, se faz necessário ressaltar que o legislador, ao outorgar direito real de usufruto em prol dos companheiros, submeteu tal prerrogativa a uma condição resolutiva. Assim, o direito sucessório em pauta só seria mantido enquanto o convivente supérstite não constituísse outra união, fosse esta um casamento ou uma nova união estável.

Por fim, caberia fazer referência às muitas reservas feitas acerca do diploma legal em estudo por parte dos mais críticos. Tais juristas não concebiam como viável a concorrência usufrutual entre o companheiro supérstite e os parentes do *de cuius*, por considerarem que, por meio de prerrogativas de tal ordem, estaria havendo indevida devassa nos direitos sucessórios dos descendentes e ascendentes. É o que relata Oliveira (2009, p.152) ao afirmar que:

Outros achavam descabida a concessão de usufruto parcial, por resultar em indesejável associação de interesses dos companheiros com descendentes ou ascendentes do autor da herança, considerando-se que nem sempre existe um bom nível de convivência entre eles.

Ocorre que, se a dificuldade de relacionamento gerada pela presença do companheiro no seio familiar era de fato uma possibilidade, a preocupação do legislador se mostrava ainda mais acertada, posto que, nesse caso, imprescindível seria proteger o companheiro remanescente de eventual desamparo.

Controvérsias à parte, fato é que a legislação ora tratada trouxe grande avanço no que diz respeito aos direitos sucessórios dos conviventes. Nesse sentido, pode-se dizer que, sob a

égide do Código Civil pretérito, a Lei 8.971/94 praticamente equalizou o tratamento sucessório deferido a cônjuges e companheiros.

2.3. Direitos sucessórios dos companheiros sob a égide da Lei 9.278/96

Pouco tempo depois da entrada em vigor da Lei 8.971/94, adveio a Lei 9.278/96, a qual foi editada com o objetivo de regulamentar o art. 226, §3º da Constituição Federal. Logo, acenderam-se intensas controvérsias doutrinárias acerca da possibilidade de a nova legislação pátria ter revogado o disposto na lei pretérita.

Não obstante, admitiu-se que não teria havido a revogação completa da Lei 8.971/94 pela Lei 9.278/96, mas apenas a revogação de determinados dispositivos, o que teria se dado em relação aos pontos nos quais o legislador dispôs de modo diferente acerca da mesma matéria. Assim também se manifestou a jurisprudência pátria:

União estável. Direito da companheira à herança. Lei nº 8.971/94. Lei nº 9.278/96.

1. O advento da Lei nº 9.278/96 não revogou o Art. 2º da Lei 8.971/94, que regulou o direito da companheira à herança de seu falecido companheiro, reconhecida a união estável.
2. Recurso especial conhecido e provido.¹⁹

Nessa diapasão, observa-se que o art. 1º da Lei 9.278/96 não repetiu a exigência feita pela Lei 8.971/94 no sentido de que seria necessário o prazo de cinco anos ou a existência de prole para o reconhecimento da união estável. Dessa forma, estabeleceu-se que, nos moldes do novo diploma legal, a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família passou a ser suficiente para caracterizar a relação de companheirismo.

Quanto aos direitos sucessórios tratados pela Lei 9.278/96, pode-se dizer que a nova legislação instituiu em benefício dos companheiros o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência do casal, direito este que se manteria enquanto o convivente supérstite vivesse, e desde que não constituísse nova união. Nesse sentido, dispunha o art. 7º, parágrafo único da legislação ora tratada:

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

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

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 418365. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em 28/04/2003.

Aqui, cabe ressaltar que, tal qual ocorria com o direito de usufruto vidual, o companheiro sobrevivente também assumia a condição de herdeiro necessário no que tocava ao direito real de habitação. Por isso, embora estivesse livre para dispor de seus bens sem contemplar o companheiro, o autor da herança não poderia se valer de deixa testamentária para negar ao consorte o direito de permanecer no imóvel residencial do casal.

Seguindo a mesma linha de entendimento, se manifestou a jurisprudência:

Usufruto.companheira. Meação. Habitação.

O companheiro que tem filhos não pode instituir em favor da companheira usufruto sobre a totalidade do seu patrimônio, mas apenas sobre a parte disponível. Art. 1576 CC.

A companheira tem, por direito próprio e não decorrente do testamento, o direito de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família, nos termos do Art. 7º da Lei 9.278/96.²⁰

De salientar que a Lei 9.278/96 se limitou a instituir em prol dos conviventes o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência do casal, sem fazer qualquer referência aos direitos sucessórios outorgados pela Lei 8.971/94. Nesse caso, houve quem entendesse que, com o advento da nova lei, estariam suprimidas todas as demais prerrogativas anteriormente conquistadas pelos companheiros, restando tão somente o direito sobre o imóvel residencial do casal.

Não obstante, a doutrina mais abalizada refutou tal posicionamento, de caráter nitidamente preconceituoso. Primeiramente por não ter havido revogação expressa da Lei 8.971/94 pela Lei 9.278/96; depois, por não haver qualquer incompatibilidade entre o disposto nas duas legislações. Nesse sentido, preleciona Pazini (2009, p.208) que,

Jamais foi intenção do legislador outorgar ao companheiro sobrevivente apenas o direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família, deixando-o sem qualquer outro direito sobre o patrimônio deixado pelo falecido. Seria um absurdo conceder tão poucos direitos sucessórios aos companheiros.

Partindo desse pressuposto, é possível constatar que, à época, a posição sucessória dos companheiros apresentava-se substancialmente favorável, posto que, estes, *a priori*, estariam aptos a gozar de três diferentes direitos sucessórios, a saber: direito de propriedade (art. 2º, III da Lei 8.971/94), direito de usufruto vidual (art. 2º, I e II da Lei 8.971/94) e direito real de habitação (art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96).

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 175862. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 16/08/2001.

Ocorre que a deflagração de tantos direitos sucessórios acabou por criar uma segunda celeuma doutrinária. Isso porque, enquanto o companheiro estaria apto a acumular o direito de usufruto vidual com o direito real de habitação, ao cônjuge supérstite só caberia um desses direitos sucessórios, a depender do regime matrimonial de bens (art. 1611, §§1º e 2º do Código Civil de 1916).

Nesse sentido, estabeleceu-se que, se o cônjuge fosse casado sob o regime da comunhão universal de bens, lhe assistiria tão somente o direito real de habitação, vez que este já assumiria a posição de meeiro; caso contrário, teria direito ao usufruto de parcela dos bens deixados pelo consorte. Já o companheiro, poderia somar livremente o direito real de habitação com o usufruto vidual, posto que nenhuma dessas prerrogativas sucessórias encontrava-se condicionada ao regime de bens estabelecido entre os consortes, até porque daquilo não se cogitaria.

Diante dessa realidade de favorecimento sucessório do companheiro em detrimento do cônjuge sobrevivente, houve quem entendesse não haver maiores problemas, posto que, apesar da similaridade, união estável e casamento são entidades familiares distintas. É o que defende Pazini (2009, p.210) ao expor que,

A tutela legal do matrimônio não é limite para a tutela legal da união estável. Ambos os institutos possuem regulamentação legal independente, embora o ideal seja que se dispense tratamento mais equiparado possível, dada as semelhanças entre as duas espécies de família. Sendo assim, entendemos possível a outorga dos dois direitos reais ao companheiro, ainda que não tenham sido outorgados ao cônjuge.

Não obstante, a doutrina majoritária acabou por considerar inconcebível que, sob a égide do Código Civil de 1916, os direitos sucessórios dos companheiros se tornassem mais amplos do que os dos cônjuges. Veloso (2010, p.161) por sua vez, acredita que:

Embora tenha participado da luta pelo reconhecimento de uniões familiares constituídas fora do casamento [...], e aplaudido as soluções constitucionais e legais a respeito do tema, não pude deixar de registrar que o usufruto legal e o direito real de habitação foram concedidos aos companheiros com maior amplitude, sem os requisitos e restrições com que foram conferidos aos cônjuges, sendo estes tratados, afinal, de forma menos liberal e benevolente, e isso, sem dúvida, é inadmissível.

Ocorre que tal celeuma acabou por se tornar ultrapassada ante o advento do Código Civil de 2002, o qual se propôs a disciplinar por inteiro a sucessão *causa mortis* entre os companheiros. Não obstante, para decepção daqueles que aguardavam uma regulamentação completa e adequada, o novo Código foi marcado pelo retrocesso, sendo responsável pela derrogação de importantes direitos sucessórios já conquistados pelos partícipes de uniões livres.

2.4. Direitos sucessórios dos companheiros sob a égide do novo Código Civil

Editado, o novo Código Civil procurou disciplinar o tratamento sucessório dos companheiros no art. 1790 do C.C. Tal postura, além de tornar lacunosa a disciplina dos direitos sucessórios entre os conviventes, foi, desde sempre, merecedora de ferrenhas críticas doutrinárias.

Isso porque o aludido dispositivo legal foi indevidamente alocado no capítulo “Das Disposições Gerais”, relativo ao título “Da Sucessão em Geral”, quando, na verdade, seria esperado que fosse inserido no capítulo dedicado à ordem de vocação hereditária, posto que o companheiro é indiscutivelmente herdeiro legítimo.

Diante da celeuma, procurava-se justificar a falta de técnica legislativa amparando-se no fato de que, na época da elaboração do projeto do Código Civil de 2002, a união estável ainda não havia sido constitucionalmente reconhecida como entidade familiar. Por isso, os direitos sucessórios dos companheiros, factíveis somente com a entrada em vigor da Carta Magna, tiveram que ser inseridos no projeto do Código pátrio quando este já se encontrava em estágio avançado de elaboração.

Ocorre que, de forma muito pertinente, Pazini (2009) relembra que, entre a entrada em vigor da nova Constituição e o advento definitivo do Código de 2002, transcorreu intervalo de mais de dez anos, tempo suficiente para que todos os dispositivos legais fossem alocados de maneira devida. De acordo com o autor “tal inserção foi feita de maneira equivocada e descuidada, como se não tivesse havido tempo suficiente para uma inserção mais cuidadosa e tecnicamente mais precisa” (PAZINI, 2009, p. 215).

No mesmo sentido, Oliveira (2009) entende que a falha legislativa apresentou-se, desde já, como indício do descaso com o qual a sucessão *causa mortis* dos companheiros seria tratada pelo Código Civil de 2002. Nesse viés, o autor considera que:

[...] pode ser uma falha menor, talvez sem relevância, explicável pelo aodamento das mudanças de redação na fase final de discussão do projeto. Mas também significa um manifesto desleixo no trato do direito sucessório de quem participa de uma entidade familiar, ainda que sem o pálio do casamento, e nesta qualidade estaria a merecer adequada proteção jurídica assegurada em plano constitucional, sem distinções quanto ao modo de formação da família assim originada (OLIVEIRA, 2009, p. 159).

Ocorre que, apesar do acerto dos posicionamentos acima expostos, é corrente na doutrina que a alocação equivocada do art. 1790 C.C acaba se tornando um problema de

menor monta, ante o conteúdo do mencionado dispositivo legal, esse, sim, merecedor de críticas mais severas.

2.4.1. Direitos sucessórios dos companheiros à luz do art. 1790 C.C.

Conforme exposto, a sucessão *causa mortis* decorrente da união estável encontra-se regulada no art. 1790 do C.C, o qual dispõe:

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.

Como se pode depreender da literalidade do *caput* do art. 1790 do C.C., o legislador pátrio restringe a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente ao longo da convivência. Por isso, ter-se-á que, *a priori*, o companheiro supérstite não será chamado a herdar bens particulares do consorte, assim compreendidos os bens adquiridos anteriormente à união, bem como aqueles adquiridos na constância da convivência, se a título gratuito.

Como não poderia deixar de ser, tal limitação dos direitos sucessórios dos conviventes foi alvo de severas críticas entre os juristas e doutrinadores pátrios. Isso porque, nos termos no art. 1725 do Código Civil, será aplicado aos companheiros, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Nesse viés, a regra é a de que os aquestros onerosos pertençam a ambos os nubentes em condomínio. Dessa forma, a redação do Art. 1790 do C.C acaba levando ao contra-senso de tornar o companheiro herdeiro dos bens sobre os quais já tem meação.

É salutar trazer à baila a lição ministrada por Oliveira (2009, p.161):

Muito mais grave, ainda, a limitação do direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, pois, como visto, o companheiro já tem direito de meação sobre tais bens. Deveria beneficiar-se da herança, isso sim, apenas sobre os bens particulares do falecido, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente.

Além da falta de explicação lógica, é fato que a redação do art. 1790, *caput* C.C. poderá trazer prejuízos substanciais ao companheiro sobrevivente, chegando mesmo a relegá-lo ao desamparo. Tal desenrolar pode ser visto nos casos em que o *de cuius*, não obstante

fosse pessoa abastada, não haja adquirido nenhum bem onerosamente durante a convivência. Em tais situações, o consorte será inteiramente preterido da sucessão legítima por outros parentes sucessíveis.

Prevendo tal possibilidade, defende Veloso (2010, p.173) que:

[...] essa restrição da incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cuius* na vigência da união estável não tem nenhum razão, quebrando todo o sistema, podendo gerar conseqüências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro, se este não adquiriu onerosamente outros bens durante o tempo da convivência.

Em contrapartida, existem hipóteses outras em que o dispositivo tratado pode ser invocado para que o convivente obtenha benefício demasiado. Tal se daria no caso de o *de cuius* ter deixado tão somente bens adquiridos onerosamente no decorrer na união. Nessas circunstâncias, a herança recairia sobre os bens comuns e o companheiro supérstite acabaria por acumular direito à meação com o direito à herança.

Aqui, cabe expor o clássico exemplo de Oliveira (2009, p.162):

Se o autor da herança deixa um único bem adquirido onerosamente durante a convivência, um herdeiro filho e companheira, esta receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho. Se o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge viúvo teria direito a apenas 50% pela meação, restando igual percentagem íntegra para o herdeiro filho.

Ocorre que, apesar das críticas bem fundamentadas, o *caput* do art. 1790 C.C continua servindo de parâmetro para limitar a sucessão do companheiro sobrevivente, nos casos em que se estabeleça uma concorrência entre este e os demais parentes sucessíveis do *de cuius*. Tal concorrência sucessória é disciplinada nos incisos I a IV do aludido art. 1790 do C.C.

2.4.1.1. Concorrência sucessória do companheiro com os descendentes

Nos termos do inciso I do art. 1790 do C.C, vislumbra-se que, no caso de o companheiro supérstite concorrer tão somente com filhos comuns, a ele caberá quota igual aquela atribuída por lei a cada filho. Infere-se pois que, se todos os filhos do *de cuius* o forem também do convivente, a herança, pelo menos o monte que contempla o consorte, será dividida em partes iguais, conforme a quantidade de herdeiros. Gomes *apud* Velozo (2010, p.174) aponta que “concorrendo com filhos comuns, a sucessão se dá por cabeça, repartindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros, filhos do companheiro e do *de cuius*.”

Ocorre que, inexplicavelmente, o legislador utiliza o termo restritivo “filhos comuns”, ao invés de se referir à classe dos descendentes como um todo, tal qual o fez no inciso II do mesmo dispositivo legal. Não obstante a falha técnica, a doutrina já pacificou entendimento no sentido de que, em momento algum, foi intenção do legislador afastar da sucessão os demais descendentes do *de cujus*. No mesmo sentido, foi aprovado, na III Jornada de Direito Civil, o enunciado nº 266 com a seguinte redação: “Aplica-se o inciso I do art. 1790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns” (ZENO, 2010, p.174).

Não obstante, é preciso ter em mente a limitação contida no *caput* do art. 1790 do C.C. Fazendo-se uma interpretação sistemática do dispositivo, é possível inferir que o companheiro supérstite só vai concorrer sucessoriamente com os descendentes do *de cujus* no que toca aos bens adquiridos onerosamente no decorrer da convivência, bens estes que, em regra, já compõem o patrimônio comum dos consortes. Já os bens particulares do *de cujus*, dentre os quais se incluem os bens adquiridos antes do início da convivência e os bens adquiridos posteriormente à título gratuito, caberão unicamente aos descendentes.

De acordo com Veloso (2010, p.175):

[...] na concorrência com descendentes do falecido, a quota do companheiro incide apenas sobre o que os descendentes receberam nos bens comuns, vale dizer, nos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Os bens particulares do falecido caberão, exclusivamente, aos descendentes.

Assim, é possível concluir que o fato de a quota hereditária atribuível ao companheiro ser igual a dos descendentes comuns, no que toca aos aquestos onerosos, não significa, de forma alguma, que o montante hereditário de cada um desses herdeiros deva ser o mesmo.

Em contrapartida, o inciso II do art. 1790 do C.C preceitua que, no caso de o companheiro sobrevivente concorrer com descendentes exclusivos do *de cujus*, a ele caberá tão somente metade da quota atribuível a cada descendente.

Não obstante, questão intrincada surge quando se estabelece a concorrência sucessória do companheiro com descendentes comuns e exclusivos do *de cujus*, instituindo típico caso de “filiação híbrida”, como é qualificada pela doutrina. Isso porque o dispositivo legal ora analisado (art. 1790, C.C) simplesmente não prevê tal circunstância, deixando para os juristas a difícil tarefa de, ante um caso de filiação híbrida, observar simultaneamente os incisos I e II do art. 1790 do C.C, sem ferir o princípio constitucional que determina a plena igualdade entre os filhos, independentemente da origem.

Na tentativa de solucionar a dificuldade, surgiram diversas teorias doutrinárias. As mais conhecidas residem em: considerar, por ficção jurídica, que todos os descendentes em questão são descendentes comuns, de modo a atribuir ao companheiro cota igual à atribuível a cada um deles; ou considerar, também por ficção, que todos os descendentes são exclusivos, de modo a atribuir ao consorte tão somente metade do que couber a cada um deles.

Segue abaixo o entendimento ministrado inicialmente por Hironaka *apud* Oliveira (2009, p.167):

Ou bem se faz o companheiro supérstite concorrer com os descendentes de ambas as condições (comuns e exclusivos) como se fossem todos descendentes comuns aos dois, herdando, portanto, a mesma cota cabível a cada um dos filhos; ou bem se faz o convivente supérstite concorrer com os mesmos herdeiros como se fossem todos descendentes exclusivos do autor da herança, percebendo, portanto, a metade dos bens que couber a cada qual.

Não obstante, em momento posterior, a própria jurista acaba por considerar falíveis as duas teorias outrora defendidas. Quanto à primeira solução, consistente em considerar todos os descendentes como descendentes comuns, entende que, não obstante tal posição mantenha a igualdade entre os descendentes e não traga quaisquer prejuízos ao companheiro, haveria indiscutível prejuízo dos descendentes exclusivos em detrimento do consorte, posto que, nos termos do inciso II, caberia àqueles o dobro da cota atribuível a este. Já a segunda solução proposta, consistente em considerar todos os descendentes como exclusivos, acabaria por prejudicar o companheiro que receberia a metade da quota cabível aos descendentes, sem qualquer diferenciação de origem.

Buscando uma solução mais equitativa, a autora propõe, como terceira via de solução, que se divida a herança do *de cuius* em dois montantes, um representado pelos filhos comuns e o outro pelos filhos exclusivos. Cada montante da herança seria composto por um quinhão monetário diferente, a depender no número de descendentes presentes no grupo. Por fim, o companheiro sobrevivente passaria a concorrer sucessoriamente nas duas sub-heranças. Nesse caso, ao concorrer no montante dos descendentes comuns, seria observado o inciso I do art. 1790 do C.C; e, ao concorrer na sub-herança dos descendentes exclusivos, seria observado o inciso II do art. 1790 do C.C.

Ocorre que, conforme foi posteriormente reconhecido pela própria Hironaka *apud* Oliveira (2009), tal solução teria o inconveniente de estabelecer tratamento sucessório diferenciado entre os filhos, a depender da origem da filiação, o que, indiscutivelmente, vai de encontro a princípios constitucionalmente consagrados, precisamente aquele que veda tratamento discriminatório entre os filhos.

Partindo de tal premissa, há quem entenda que, ante a atual legislação pátria, não há, em verdade, qualquer solução que componha de forma adequada os incisos I e II do art. 1790 C.C. Nesse sentido, preceitua Veloso (2010, p.176) que:

[...] alguns autores opinaram que não há fórmula matemática ou jurídica que consiga conciliar ou compor, satisfatoriamente, os incisos I e II do art. 1790, até porque uma leitura constitucional é indispensável, e o princípio da igualdade entre os filhos não admite que eles recebam cotas hereditárias diferentes.

Por isso, diante do caso em que o companheiro deva concorrer concomitantemente com descendentes comuns e exclusivos, o mencionado autor entende que, dentre as soluções propostas, a melhor delas ainda consiste em considerar todos os descendentes como exclusivos. Explica, pois, que, embora tal solução possa prejudicar o consorte, seria uma forma de proteger os descendentes exclusivos que, diferentemente dos descendentes comuns, não têm expectativa de herdar do companheiro sobrevivente.

Nesse viés, preleciona o jurista:

Entendo que, diante da situação antes referida, ou seja, concorrer o companheiro com descendentes comuns e descendentes apenas do falecido, deve prevalecer o disposto no inciso II do art. 1790, cabendo ao companheiro sobrevivente, então, a metade do que couber a cada descendente do autor da herança, e justifico: a solução que proponho, tentando remediar a falha do legislador, e enquanto a lei não é reformada, pode prejudicar o companheiro sobrevivente - que estaria mais gratificado se o escolhido fosse o inciso I - mas não desfavorece os descendentes exclusivos do *de cujus*, não se devendo esquecer que os filhos do companheiro sobrevivente ainda tem a expectativa de herdar deste, enquanto os filhos que teve o falecido em outro relacionamento não tem essa esperança. (VELOSO, 2010, p.176).

A mesma opinião é defendida por Oliveira (2009). Bem a propósito, aponta o autor que:

[...] em face da diversidade de posicionamentos por omissão e dubiedade da norma legal, penso que a interpretação mais consentânea e que poderá vingar no tumulto interpretativo da disposição em comento será a de atribuir ao companheiro quota igual à dos descendentes apenas quando seja ascendente de todos os habilitados na herança. Na situação inversa, subsistindo filhos de outra origem, ainda que concorrendo com filhos em comum entre o autor da herança e o companheiro, a este tocaria somente metade de cada cota hereditária (OLIVEIRA, 2009, p. 171).

Por fim, cabe mencionar que, persistindo na idéia de apresentar solução adequada à celeuma ora exposta, a professora Hironaka *apud* Oliveira (2009), apoia a tese defendida pela jurista Gabriele Tusa. Tal tese, que inclui fórmulas matemáticas bastante elaboradas, pode ser melhor explicada através de um caso prático. Nessa circunstância, caberia expor o clássico exemplo trazido à baila, dentre outros, por Oliveira (2009, p.162):

Partindo de um caso prático em que a companheira concorre com três filhos comuns e dois filhos exclusivos do antigo parceiro: a companheira não receberá nem igual (inciso I) nem metade (inciso II). Ou, em outras palavras, não receberá (em termos de quinhão) nem 01 nem $\frac{1}{2}$, mas um coeficiente que quantifique, justamente, a proporcionalidade entre as duas qualidades, condicionadas pela quantidade de filhos de cada modalidade.

Não obstante a relativa coerência presente na chamada “fórmula Tusi”, a questão continua a suscitar intensas polêmicas doutrinárias, o que leva os mais comedidos a concluir que o impasse só poderá ser definitivamente solucionado com a elaboração de uma reforma legislativa adequada, por meio da qual se atribua aos companheiros uma quota hereditária fixa quando em concorrência sucessória com os descendentes do *de cujus*, independentemente da origem destes descendentes.

2.4.1.2. Concorrência sucessória do companheiro com os ascendentes

Nos moldes do inciso III do art. 1790 do C.C, caberá ao companheiro participação em $\frac{1}{3}$ da herança deixada pelo consorte quando em concorrência com outros parentes sucessíveis, o que, *a priori*, inclui ascendentes e colaterais do *de cujus*.

Não obstante, ante a impossibilidade legal de estas duas classes de herdeiros concorrerem sucessoriamente entre si, segue-se a ordem de vocação hereditária instituída no art. 1829 do C.C. Assim, presentes ascendentes do *de cujus*, exclui-se, desde já, o chamamento dos colaterais.

Uma vez instituída a concorrência sucessória entre o companheiro supérstite e os ascendentes, sempre caberá àquele cota fixa de $\frac{1}{3}$ do patrimônio, independentemente de estarem presentes ambos os ascendentes de 1º grau (os pais), apenas um deles, ou de haver apenas ascendentes em grau mais afastado (os avós).

Como não poderia deixar de ser, esta cota hereditária restrita atribuída por lei ao companheiro foi alvo de severas críticas doutrinárias, mesmo por que, em concorrência com descendentes, atribui-se ao convivente cota igual ou de $\frac{1}{2}$ da participação sucessória destes, a depender da origem da filiação. Tendo em vista esse inexplicável contra-senso, Oliveira (2009, p.172) expõe ser “insuficiente, em tais circunstâncias, a destinação de apenas um terço da herança ao companheiro, bastando considerar que, se estivesse a concorrer com um filho, teria cota igual a deste, ou seja, metade da herança”.

Outra circunstância que torna a situação ainda mais desproporcional reside no fato de que a participação sucessória do companheiro está restrita aos bens adquiridos onerosamente ao longo da convivência. Por isso, ter-se-á que todos os demais bens do *de cujus*, adquiridos

antes da união ou adquiridos posteriormente à título gratuito, serão herdados unicamente pelos ascendentes.

2.4.1.3. Concorrência sucessória do companheiro com os colaterais

Não obstante o acerto de todas as críticas outrora relatadas, sem sombra de dúvidas, a maior das distorções trazidas pelo art. 1790 do C.C, mais precisamente pelo seu inciso III, foi a de instituir concorrência sucessória do companheiro com os colaterais do *de cuius*. Nesse caso, ter-se-á que, mesmo na ausência de descendentes e ascendentes, o convivente supérstite ainda terá que dividir a parte que lhe cabe na herança do consorte, desta vez com parentes colaterais do *de cuius*.

Vislumbra-se, pois, indiscutível retrocesso legislativo, posto que, nos termos do art. 2º, III da Lei 8.971/94, o companheiro havia se firmado como ocupante do terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, excluindo por completo os colaterais. Dessa forma, inexistindo herdeiros de primeira e segunda classe, era corrente que a herança seria deferida por inteiro ao convivente, o que certamente seria mais justo, considerando a convivência e o afeto que teriam marcado a união estável ali caracterizada.

Demonstrando desdém ao retrocesso legislativo ora tratado, diz Veloso (2010, p.180) que:

Nada pode justificar, ninguém pode explicar esse recuo, essa involução ocorrida no Código Civil vigente, fazendo o companheiro concorrer com colaterais até o 4º grau do *de cuius*, em situação francamente inferior a destes, o que não se pode deixar de dizer, é uma solução anacrônica, antiliberal, além de atrasada e regressista.

Nesse sentido, o jurista relembra que, na sociedade em que vivemos, onde as famílias assumem formato basicamente nuclear e os laços entre parentes distantes se mostram cada vez menos intensos, não há espaço para que os colaterais recebam um tratamento sucessório tão privilegiado. É o que se pode depreender da seguinte lição:

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinho-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o atual Código Civil brasileiro, que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente que formou uma família, manteve uma comunhão de vida com o falecido, só vai herdar sozinho se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cuius*. Temos que convir: isso é demais (VELOSO, 2010, p.180).

Ocorre que, ainda mais grave que a própria concorrência sucessória do companheiro com os colaterais, seja talvez a forma como essa concorrência se estabelece. Isso porque a

herança do convivente, conforme já exposto, encontra-se limitada aos bens adquiridos onerosamente ao longo da união. Dessa forma, ter-se-á que todos os demais bens deixados pelo *de cujus*, os chamados bens particulares, pertencerão exclusivamente aos colaterais eventualmente existentes.

Nesse caso, a aludida concorrência sucessória só se institui, de fato, no que toca aos aquestos onerosos. Ainda sim, se estabelece que apenas 1/3 destes aquestos caberá ao companheiro, restando os outros 2/3 tão somente em prol dos parentes colaterais.

Considerando o indiscutível menosprezo com que o companheiro foi tratado pelo aludido inciso legal, a doutrina, praticamente de forma unânime, conclui que indispensável se faz uma reforma legislativa adequada, a fim de que o convivente supérstite volte a ocupar o terceiro lugar na ordem de chamamento hereditário, tal qual ocorria desde a edição da Lei 8.971/94.

2.4.1.4. Possibilidade de o companheiro receber a totalidade da herança

Nos termos do inciso IV do art. 1790 do C.C, infere-se que o companheiro supérstite receberá a totalidade da herança quando ausentes outros parentes sucessíveis do *de cujus*.

Ocorre que, atendo-se à literalidade do *caput* do dispositivo (art. 1790, C.C), seria possível concluir que, mesmo nestas circunstâncias, a herança do convivente estaria limitada aos bens adquiridos onerosamente durante o relacionamento. Assim, eventuais bens particulares do *de cujus* acabariam se revertendo em benefício do Poder Público, o que certamente seria um grande inconveniente jurídico, pois, afinal, o companheiro estaria bem mais habilitado a obter esse ganho.

Tal posição legalista foi inicialmente defendida por Veloso (2010, p.184), o qual chegou a preceituar que:

[...] a totalidade da herança mencionada no inciso IV do artigo 1790 é da herança a que o companheiro está autorizado a concorrer, ou seja, mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do *caput* do art. 1790, o companheiro sobrevivente só irá herdar os bens que tivessem sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Não obstante, em um momento posterior, o próprio jurista reviu a sua idéia, aderindo ao posicionamento da doutrina majoritária, a qual opta por interpretar o dispositivo em comento de forma mais favorável ao companheiro. Nesse sentido, predomina a tese de que, quando ausentes descendentes, ascendentes e colaterais, a herança deve ser deferida por

inteiro ao consorte, sem questionar a origem dos bens; desconsiderando-se, assim, a limitação sucessória do *caput* do artigo.

Para fundamentar esta interpretação benéfica, recorre-se ao art. 1844 do Código Civil, o qual deixa claro que a herança só se tornará vacante na ausência de cônjuge, companheiro, ou de qualquer outro parente sucessível. Portanto, aí estaria a saída legal para ensejar que o companheiro possa se habilitar de forma integral na sucessão do seu consorte.

Ademais, a doutrina costuma chamar atenção para ênfase empregada pelo legislador ao utilizar a expressão “totalidade da herança”. Por isso, pode-se depreender que, de fato, foi intenção deste contemplar o convivente com todos os bens deixados pelo *de cuius* na ausência dos demais parentes. Nesse caso, teria havido tão somente uma atecnia legislativa.

Dessa forma, preceitua-se que, para evitar tal distorção, bastaria que o legislador houvesse transferido o conteúdo do inciso IV para um parágrafo único, a fim de esclarecer que, nas situações em que o companheiro fosse o único herdeiro do *de cuius*, não se aplicaria a restrição do *caput* do aludido art. 1790 do C.C .

2.4.2. Possibilidade de manutenção do direito real de usufruto e de habitação sob a égide do atual Código Civil

Ante o advento do novo Código Civil, indagou-se se o direito de usufruto vidual e o direito real de habitação, ambos conferidos pela legislação pretérita em prol dos companheiros, haviam subsistido.

No que toca ao usufruto vidual, não há maiores dissidências. Nesse sentido, a doutrina como um todo entende que tal prerrogativa foi substituída pela possibilidade de o companheiro concorrer com descendentes e demais parentes sucessíveis no que toca à propriedade dos bens deixados pelo *de cuius*. Segundo Oliveira (2009, p. 178):

Com efeito, o usufruto sobre parte na herança veio a ser substituído pelo direito a cota dos quinhões devidos aos herdeiros preferenciais, tanto pelo companheiro quanto pelo cônjuge sobrevivente. Recebendo o mais, que é a propriedade sobre parte dos bens, o viúvo já tem incorporado a seu favor o direito de usufruto inerente à propriedade naqueles bens.

Já no que toca ao direito real de habitação, as controvérsias são mais intensas. Isso porque o novo Código Civil pátrio nada fala acerca da concessão de tal prerrogativa em favor dos companheiros. Estabelece, pois, inexplicável contra-sendo, posto que, o art. 1831 do C.C confere expressamente ao cônjuge sobrevivente o direito de permanecer no imóvel destinado à residência do casal, independentemente da participação que lhe caiba na herança.

Partindo desse pressuposto, e considerando as inúmeras restrições sucessórias a que os companheiros já são submetidos, há quem prefira entender que a omissão do legislador não passou de simples “desleixo”. Tais estudiosos defendem assim a manutenção do art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96, primeiramente por não ter havido revogação expressa da aludida legislação, depois por não haver incompatibilidade aparente entre o dispositivo deflagrador do direito real de habitação e o novo Código.

Nesse contexto, Gama (2001, p.501) referindo-se a possibilidade de manutenção do art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96 à luz do projeto do novo Código Civil defende que “vale observar que inexistente incompatibilidade de tal norma com o código projetado, além de se tratar de norma editada por lei especial.”

Não obstante, há aqueles que entendem que a omissão do legislador não se tratou de mero esquecimento, mas que, ao revés, foi um silêncio proposital. É o que preleciona Veloso (2010, p.162):

O Código Civil pretendeu regular e, embora de forma muito criticável, regulamentou inteiramente a questão da sucessão entre os que vivem em união estável, pelo que a falta do direito real de habitação está dentro do espírito da lei, não se trata de um esquecimento, de uma lacuna, mas de um silêncio eloqüente, de uma exclusão pensada e deliberada. Portanto, estaria revogado tacitamente o art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96.

Ocorre que, mesmo entre aqueles que defendem a revogação do art. 7º, parágrafo único, tem prevalecido uma postura mais humanitária, na tentativa de evitar um eventual desamparo absoluto do companheiro.

Nesse sentido, a doutrina mais moderna passa a defender uma interpretação analógica do art. 1831 do C.C, a fim de que o direito real de habitação previsto em benefício dos cônjuges também possa ser estendido aos conviventes. Para tal ínterim, busca-se embasamento, sobretudo, no art. 6º da Constituição Federal, o qual garante expressamente o Direito Fundamental de Moradia.

Por fim, cabe trazer à baila o enunciado nº 117, editado na I Jornada de Direito Civil: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo art. 6º, *caput* da C.F/88” (VELOSO, 2010, p.162).

2.5. A sucessão dos companheiros e o Direito Intertemporal

Tendo em vista as manifestas modificações pelas quais tem passado a disciplina sucessória dos companheiros na ordem jurídica do país, não se poderá desprezar a aplicabilidade de cada solução legislativa em face do cabimento de sua incidência, o que se dará em razão do momento do óbito.

Nesse sentido, consoante estabelece o art. 1784 do Código Civil de 2002, é no momento da abertura da sucessão que se transmite a herança aos herdeiros. Portanto, considera-se que nos óbitos havidos até 11 de janeiro de 2003 - ou seja, ante do início da vigência do atual Código que, nos termos do art. 1790, ora disciplina a matéria - os interesses dos companheiros serão regidos pela legislação à época vinculante, podendo ser invocada tanto a Lei 8.971/94 quanto a Lei 9.278/96.

Tal é explicado pelo Direito Intertemporal, o qual cuida da aplicação da lei no tempo, fazendo valer a máxima do *tempus regit actum*, segundo a qual os fatos, com seus consectários, regem-se pela lei vigente à época de sua ocorrência.

De fato, disso se mostrou advertido o legislador nacional, quando ressaltou que o direito antigo poderia continuar tendo incidência, mesmo que já revogado pelo atual. Nesse viés, estabelece o art. 1787 do atual Código Civil “regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente no tempo da abertura daquela”.

Tal entendimento também pode ser amplamente observado no seio dos Tribunais pátrios:

Direito civil. Sucessão. Companheira. Sobrinhos do de cujus. Lei aplicável.

- I. No direito das sucessões aplica-se a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. Antes da Lei nº 8.971/94, de 29/12/1994, a companheira não podia se habilitar como herdeira em detrimento de sobrinhos do de cujus.
- II. Recurso especial não conhecido.²¹

Nada mais razoável, cuidar-se-á de fazer valer o direito como estava posto naqueles idos, garantindo-se a sua aplicação mesmo hoje, no presente, a despeito da revogação ocorrida. A idéia é a de dar garantia aos interesses consoante gerados, o que se faz juridicamente viabilizado pela observância da eficácia residual do direito ultrapassado, apelando-se, assim, para a incidência da lei revogada, como mecanismo de busca da segurança jurídica.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 205517. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 01/04/2003.

CAPÍTULO III - DO TRATAMENTO SUCESSÓRIO DIFERENCIADO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS

3.1. Principais pontos distintivos entre o tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro

Conforme destacado no capítulo anterior, o Código Civil de 2002, indo de encontro à realidade social, suprimiu importantes direitos sucessórios até então conferidos aos companheiros. Diante de tal postura regressista, criou-se certo distanciamento entre o tratamento sucessório de cônjuges e conviventes, tratamentos estes que, sob a égide da legislação pretérita, tendiam à equalização.

Por essa feita, ter-se-á que os direitos sucessórios dos cônjuges passaram a ser disciplinados nos artigos 1829 e seguintes da legislação civil, enquanto os direitos sucessórios dos partícipes de uniões livres foram tratados basicamente no artigo 1790 do Código, o que, sem sombra de dúvidas, deu margem a grandes distorções.

Nesse sentido, pode-se dizer que a primeira grande distorção criada pelo novo sistema está no fato de a sucessão dos companheiros se restringir aos bens adquiridos onerosamente ao longo da união estável. Desse modo, pode-se inferir que, em regra, o companheiro exerce direitos hereditários apenas sobre os bens comuns do casal, bens sobre aos quais já tem direito de meação.

Como já explicitado, tal limitação ora pode levar o companheiro ao desamparo, o que ocorre nas hipóteses em que o consorte não haja adquirido qualquer bem onerosamente no decorrer da convivência; ora pode significar vantagem demasiada, o que se torna possível quando o patrimônio do *de cujus* se resume aos aquestos onerosos, posto que, nesse caso, o companheiro irá acumular direito à meação com o direito à herança.

Em contrapartida, a sucessão dos cônjuges, em regra, se resume aos bens particulares deixados pelo consorte, uma vez que nesse caso o legislador, de forma bem mais sábia, procura aplicar a máxima de equidade segundo a qual onde há meação, não há herança.

Partindo desta distinção inicial, referente ao montante sobre o qual incide a herança de cônjuges e companheiros, passa-se a analisar a concorrência destes consortes com os demais parentes sucessíveis do *de cujus*.

No que toca à concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do *de cujus*, pode-se concluir, da literalidade do art. 1829, I do C.C, que tal concorrência encontra-se condicionada ao regime matrimonial de bens. Por isso, se estabelece que

“a sucessão legítima defere-se 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; ou, se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

A doutrina costuma sustentar que a regra é a de que se estabeleça, de fato, concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes do *de cujus*, o que, em verdade, só não ocorrerá quando o casamento houver sido celebrado sob os moldes dos regimes de bens expressamente mencionados em lei.

Nesse viés, preceitua Oliveira (2009, p.103) que:

[...] a enumeração dos regimes de bens determinantes da concorrência hereditária do cônjuge com os descendentes do falecido decorre da interpretação *a contrario sensu* do citado art. 1829. Mas sua redação mostra-se ambígua, ao assegurar, como regra geral, o direito de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, para em seguida estabelecer exceções às hipóteses de casamento no regime da comunhão universal, no da separação obrigatória, ou se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Quanto às exceções enumeradas em lei, entende-se que cada uma delas efetivamente decorre um fundamento lógico.

Assim é que o art. 1829, I do C.C dispõe que não se estabelece concorrência sucessória entre cônjuge e os descendentes quando o casamento houver sido celebrado sob o regime da comunhão universal de bens. Em tais circunstâncias, o legislador entendeu que, se o cônjuge já seria meeiro de praticamente todo o patrimônio acumulado pelo *de cujus*, seria uma vantagem excessiva tornar-lhe também herdeiro do quinhão cabível aos descendentes. Pelas mesmas razões, entende-se que, caso o cônjuge sobrevivente e o *de cujus* tenham sido casados sob o regime da comunhão parcial de bens, só se estabelecerá concorrência sucessória se o autor da herança houver deixado bens particulares, caso em a concorrência se limita a tais bens.

Por fim, se estabelece que também não haverá concorrência sucessória entre o cônjuge supérstite e os descendentes quando o casamento houver sido celebrado sob o regime da separação obrigatória de bens. Em tais circunstâncias, entende-se que, se o legislador impôs a incomunicabilidade do patrimônio do casal em vida, seria um contra-senso permitir que este embaralhamento patrimonial ocorresse pós-morte. É essa a posição defendida por Veloso (2010, p.63):

O legislador, como se verifica, cominou um ônus aos que se casaram naquelas circunstâncias. Não há comunicação dos bens; os patrimônios ficam separados

durante a existência da sociedade conjugal, e não quer o Código Civil que o cônjuge sobrevivente, concorrendo com descendentes do *de cuius*, venha a receber bens que eram deste, como que frustrando ou burlando a sanção que havia vigorado durante a vida do casal. O patrimônio que permaneceu incomunicável em vida não pode mudar de situação depois da morte, pelo menos com relação aos descendentes do falecido.

Não obstante, é possível constatar, da literalidade do art. 1790 do C.C, que, diferentemente do que ocorre com os cônjuges, os companheiros serão aptos a concorrer sucessoriamente com os descendentes do *de cuius* independentemente do regime de bens escolhido pelo casal.

Uma vez instituída essa concorrência sucessória, verifica-se que a cota hereditária atribuível ao companheiro poderá variar, conforme concorra com descendentes comuns ou exclusivos. Nesse caso, caberá ao companheiro supérstite cota igual a dos descendentes comuns e tão somente metade daquela atribuível aos descendentes exclusivos do *de cuius*.

Por outro lado, pode-se depreender do texto legal (art. 1832, C.C), que, ao concorrer com descendentes do *de cuius*, o cônjuge terá sempre quinhão igual ao dos que sucedem por cabeça, independentemente da origem da filiação.

Ademais, o mencionado dispositivo legal garante também ao cônjuge sobrevivente a cota mínima de $\frac{1}{4}$ da herança, no caso de ser ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

Controvérsia mais intensa acende-se do caso de filiação híbrida²². Em tais casos, há quem entenda que a garantia de cota mínima outorgada ao consorte restaria intacta, posto que este, de qualquer forma, seria ascendente de alguns dos herdeiros com quem viria a concorrer. Não obstante, a doutrina majoritária, na tentativa de proteger os descendentes exclusivos do *de cuius*, defende que a cota mínima de $\frac{1}{4}$ da herança só será garantida ao cônjuge sobrevivente se este for ascendente de todos os herdeiros com quem concorrer.

Como se pode vislumbrar, não há nenhum dispositivo legal que permita estender tal privilégio aos partícipes de uniões livres.

Já no que toca à concorrência sucessória entre companheiros e ascendentes, pode-se dizer, nos termos do art. 1790, III do C.C, que o convivente, ao concorrer com os ascendentes do *de cuius*, receberá sempre cota fixa de $\frac{1}{3}$, independentemente de estarem presentes ambos os ascendentes de primeiro grau, apenas um deles, ou de haver tão somente ascendentes em grau mais afastado.

²² Conforme explicitado anteriormente, filiação híbrida é a expressão utilizada pela doutrina para se referir aos casos em que o *de cuius* deixou, simultaneamente, descendentes exclusivos e descendentes comuns com o consorte.

Outro ponto de destaque está no fato de a concorrência sucessória do companheiro ser limitada aos bens adquiridos onerosamente ao longo da união. Por isso, ter-se-á que, em regra, os bens particulares do autor da herança caberão unicamente aos ascendentes.

De modo diferente, o cônjuge, ao concorrer com os ascendentes do *de cujus*, poderá receber cota variável, a depender das circunstâncias em que se deflagre a sucessão. Nesse caso, concorrendo com ascendentes de primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 da herança; caber-lhe-á metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (art. 1837, C.C).

Ademais, é importante ressaltar que a concorrência sucessória do cônjuge tocará todos os bens da herança e não apenas o patrimônio comum do casal. Outro aspecto interessante reside no fato de a concorrência entre cônjuge e ascendentes se instaurar independentemente do regime matrimonial de bens, o que, sem sombra de dúvidas, contribui para tornar a situação dos consortes ainda mais tranquila.

Não obstante o peso das distorções acima relatadas, a maior disparidade entre o tratamento sucessório de cônjuges e companheiros encontra-se inevitavelmente na concorrência sucessória com os parentes colaterais, factível apenas para os conviventes.

Em visível retrocesso ao disposto no art. 2º, III da Lei 8.971/94, é fato que o atual Código Civil (art. 1790, III) institui a possibilidade de concorrência entre o companheiro supérstite e os colaterais do *de cujus*. Para agravar ainda mais esta vexatória situação, ter-se-á que, uma vez instaurada a concorrência sucessória, ao convivente será garantido apenas 1/3 dos aquestros onerosos. Os outros 2/3 serão atribuídos aos parentes colaterais, a quem caberá também os bens particulares eventualmente deixados pelo autor da herança.

Em posição diametralmente oposta, o cônjuge consolidou-se, desde a edição da lei Feliciano Pena, de 1907, como ocupante exclusivo do terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Assim, uma vez ausentes os parentes sucessíveis em linha reta, o cônjuge receberá a totalidade da herança, excluindo por completo os colaterais do *de cujus*, porquanto, nesse caso, não caberá falar em concorrência sucessória.

Outra importante distinção no tratamento sucessório de cônjuges e companheiros encontra-se no fato de os primeiros terem sido expressamente incluídos no rol dos herdeiros necessários (art. 1845, C.C). Como consectário lógico, o consorte passa a ter direito à legitima da mesma forma que descendentes e ascendentes.

Ao revés, os companheiros não foram contemplados com tal benesse, permanecendo, pois, na condição de herdeiros facultativos. Dessa forma, continua sendo perfeitamente

possível que o convivente seja excluído da sucessão, bastando que o seu consorte disponha de todo o patrimônio em ato de última vontade sem contemplá-lo.

Por fim, cabe fazer menção ao direito real de habitação, conferido pela atual legislação civil (art. 1831) apenas aos cônjuges. Não obstante as sugestões de interpretação benéfica, defendidas pela doutrina mais abalizada na tentativa de estender tal prerrogativa aos companheiros, o fato é que o legislador pátrio teve excelente oportunidade de contemplar os conviventes com esse direito de caráter tipicamente humanitário e não o fez. Em consequência, o companheiro sobrevivente, depois de dividir a vida com o consorte, não tem nenhuma garantia legal de preservar o direito sobre imóvel residencial do casal, ficando, pois, a depender do que entender ser juridicamente cabível a instância judicial.

3.2. Legitimidade do tratamento sucessório diferenciado entre cônjuges e companheiros

Tendo em vista o exposto, é possível inferir que, sob a égide do atual Código Civil, existem substanciais diferenças entre o tratamento sucessório de cônjuges e companheiros. Partindo de tal premissa fática, resta discutir se tal tratamento discriminatório possui ou não a legitimidade necessária para subsistir.

Nesse contexto, os mais conservadores, dentre os quais se incluem Yussef Said Calahali e Álvaro Villaça Azevedo defendem que, apesar da proteção constitucional outorgada ao companheirismo (art. 226, §3º da C.F), união estável e casamento não são entidades familiares de mesma hierarquia.

Nesse sentido, muitos são aqueles que ainda consideram a união estável como uma espécie de “família de segunda classe”, o que tornaria perfeitamente justificáveis eventuais tratamentos discriminatórios dispostos em lei. Para sustentar esse posicionamento, tais estudiosos amparam-se no fato de o próprio dispositivo constitucional determinar que a lei facilite a conversão da união estável em casamento, como que se preferisse o casamento à união estável, sendo aquele mais relevante.

A jurisprudência pátria já se manifestou por diversas vezes no sentido de considerar o art. 1790 do C.C e seus incisos como perfeitamente legítimos:

Companheira sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Colaterais. Possibilidade de exclusão. Não afastamento, no caso em exame, da regra do artigo 1.790, III, do código civil.

Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, ao dispor que a companheira, concorrendo com outros parentes sucessíveis do companheiro, terá direito a um terço da herança, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência

da união estável. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. Aplicação do artigo 1.787, do Código Civil.²³

Agravo de instrumento. Sucessões. Participação da companheira apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Exclusão dos bens particulares. Aplicação do art. 1790 do C.C. constitucionalidade.

Ao estabelecer no Art. 1790 do C.C que a companheira ostenta a condição de herdeira, em concorrência com descendentes do falecido, apenas em relação aos bens particulares, ao invés da propalada violação ao princípio da igualdade, quis o legislador prestigiar a igualdade material, tratando de forma diferente situações reconhecidamente desiguais. Embora sejam ambas entidades familiares, casamento e união estável são figuras jurídicas distintas, distinção essa feita pela própria Constituição ao proclamar que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, §3º). Ora, não haveria de estabelecer facilidade de conversão de um instituto em outro, se o constituinte não os considerasse figuras jurídicas diferentes.²⁴

Não obstante, a doutrina mais abalizada prefere entender que, em verdade, não existe diferença hierárquica entre a união matrimonial e a extra-matrimonial, posto que ambas foram constitucionalmente reconhecidas como entidades familiares merecedoras da mesma proteção jurídica.

Nessas circunstâncias, a recomendação do legislador constituinte, no sentido de que a lei facilite a conversão da união estável em casamento, teria tão somente o condão de reduzir as formalidades exigidas dos conviventes no caso de estes desejarem oficializar a relação afetiva. É o que preleciona Veloso (2010, p.159):

Convém esclarecer que a Constituição, ao sinalizar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, não está estabelecendo hierarquia, precedência ou preferência entre essas duas formas de constituição de família. Uma conclusão nesse sentido não tem base histórica ou sociológica e se choca com fundamentos, o todo orgânico, o próprio ideário, liberal, igualitário, solidário e democrático da Carta Magna. O que ela quer, simplesmente, é que, se os conviventes resolverem casar, que esse objetivo seja facilitado, dispensando-se os que já vivem juntos, em união estável, como entidade familiar, de algumas exigências que são prescritas para os que não exibem tal condição.

Nesse contexto, é cada vez maior o número de doutrinadores e juristas que repele a existência de uma regulamentação sucessória diferenciada entre cônjuges e companheiros. Isso porque, nos termos da atual Constituição Federal, não existiria nenhuma razão plausível a qual pudesse sustentar que as famílias matrimonializadas devam se sobrepor nas concessões legais às entidades familiares informais.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70025169244. Relator: Des. Cladir Fidelis Faccenda. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 21/08/2008.

²⁴ Idem. Agravo de instrumento nº 70040781395. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24/02/2011.

Partilhando de tal posicionamento, Oliveira (2009, p.154) afirma que:

[...] o direito sucessório do companheiro é flagrantemente discriminatório em comparação com a posição reservada ao cônjuge. Nada justifica essa diversidade de tratamento legislativo quando todo o sistema jurídico à luz da Constituição recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento.

No mesmo sentido, cabe ainda trazer à baila a clássica lição ministrada por Veloso (2009, p.182):

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criam informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, além de contrariar os sentimentos e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

Nesse senso, pode-se depreender que o autor, seguindo tendência crescente entre os estudiosos do direito sucessório, passa a sustentar a inconstitucionalidade material do art. 1790 do Código Civil. Primeiramente, pelo fato de que o mencionado dispositivo legal afronta visivelmente princípios constitucionais basilares, preponderantemente o princípio da isonomia e o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, conforme difundido por Guilherme Calmon Nogueira da Gama,²⁵ o texto do art. 1790 do C.C, ao invés de dar especial proteção à união estável, como é determinado pelo art. 226, §3º da C.F, retira diversas prerrogativas anteriormente conferidas aos companheiros.

Dentro desse contexto, o art. 1790 do C.C afrontaria também o princípio constitucional da proibição do retrocesso. Isso porque a nova redação dada ao Código Civil suprime diversos direitos sucessórios deferidos aos companheiros pela legislação infraconstitucional pretérita. E, de acordo com o princípio da proibição do retrocesso, ter-se-á que, uma vez editada lei ordinária com o intuito de regulamentar norma constitucional de eficácia limitada, todos os direitos nela previstos serão incorporados pelos seus titulares, não sendo possível que uma outra lei ordinária suprima estes “direitos adquiridos”.

Tal teoria pode ser explicada com mais minúcia através da lição que Veloso (2010, p.182) extrai da obra de J.J Canotilho ponderando que:

[...] segundo Canotilho, o princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo social dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo

²⁵ Leia-se GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil; Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo. Atlas, 2007, p 27.

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. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade tem como limite o núcleo essencial já realizado.

Já são muitos os casos em que os Tribunais pátrios, observando os ditames constitucionais, optam por afastar a aplicabilidade do art. 1790 do C.C, de modo a oferecer aos companheiros tratamento sucessório mais similar possível ao dos cônjuges.

É o que se pode depreender dos seguintes julgados expostos a seguir:

Agravo de instrumento. Inventário. Sucessão da companheira. Abertura da sucessão ocorrida sob a égide do novo código civil. Aplicabilidade da nova lei, nos termos do artigo 1.787. Habilitação em autos de irmão da falecida. Caso concreto em que merece ser afastada a sucessão do irmão, não incidindo a regra prevista no art. 1790, III do CCB, que confere tratamento diferenciado entre companheiro e cônjuge. Observância do princípio da equidade.

Não se pode negar que tanto a família de direito, ou formalmente constituída, como também aquela que se formou por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo assim, prevalecer a interpretação literal do Artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. Preliminar não conhecida e recurso provido.²⁶

Agravo de instrumento. Direito sucessório. Conforme o entendimento uníssono desta câmara, é inconstitucional a aplicabilidade do Artigo 1790 do Código Civil, uma vez que o Artigo 226 §3º da Constituição Federal equiparou o companheiro ao cônjuge. Logo, é inviável a diferenciação hereditária entre o companheiro e o cônjuge supérstite.²⁷

Dessa forma, pode se depreender que é cada vez maior o número de operadores do direito que se utiliza da via jurisprudencial para corrigir as distorções sucessórias trazidas pelo novo Código Civil. Nesse caso, ter-se-á que os juristas mais modernos, tendo em vista a subsistência do obsoleto artigo 1790 do C.C, recorrem ao julgamento de casos práticos na tentativa de aplicar a cônjuges e a companheiros tratamento sucessório equinânime.

Não obstante, conforme se pôde vislumbrar, ainda existe, no seio da jurisprudência pátria, muitos posicionamentos divergentes quanto à aplicabilidade do artigo 1790 do C.C. Nesse contexto, torna-se imprescindível que as reformas legislativas propostas pelos juristas pátrios se convertam em uma realidade palpável, uma vez que, somente diante de tal

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70020389284. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12/09/2007.

²⁷ Idem. Agravo de Instrumento nº 70022652879. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 10/04/2008.

providência, é que será assegurado aos companheiros os mesmos direitos sucessórios outorgados aos cônjuges, o que se afirma ser a mais legítima justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, é possível depreender que, em um primeiro momento da história, a família assumia um perfil basicamente patriarcal e hierarquizado, formando, pois, uma agremiação onde todos os membros estavam sujeitos à autoridade paterna.

À esse tempo, o casamento entre um homem e uma mulher apresentava-se como a única forma idônea de composição familiar. Nesse sentido, o conceito de família encontrava-se restrito às uniões matrimonializadas, o que excluía de pronto todas as demais estruturas de convívio, porventura desprovidas do selo de oficialidade do Estado.

Tal padrão de comportamento, não obstante o caráter eminentemente reacionário e preconceituoso, preponderou, durante largo período de tempo, nas sociedades ocidentais, inclusive na sociedade brasileira do século XIX.

Ocorre que as importantes modificações sociais, culturais, políticas e econômicas observadas no último século acabaram por repercutir substancialmente nas relações jurídico-familiares. Daí, tornou-se inviável manter a idéia simplista de que família e casamento seriam expressões equivalentes.

Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência mais abalizadas passaram a defender que, em verdade, a família seria uma instituição aberta, apta a abranger todas as estruturas de convívio pontificadas pelo afeto.

Seguindo tal premissa, o legislador constituinte de 1988 reconheceu expressamente a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar²⁸. A partir de então, os relacionamentos informais, até então renegados pelo Direito, passaram a gozar de certa proteção, o que foi de fundamental importância para que os partícipes de uniões livres pudessem reivindicar prerrogativas que tradicionalmente lhes eram negadas pelo ordenamento posto.

Como se pôde vislumbrar, essas postulações dos companheiros, *a priori*, foram atendidas tão somente no âmbito da jurisprudência. Nesse sentido, os Tribunais pátrios, tendo em vista a expressa menção constitucional (Art. 226, §3º, C.F), passaram a conceder determinados direitos patrimoniais aos conviventes. Não obstante, nesse primeiro momento, as prerrogativas dos companheiros ainda eram bastante restritas, não havendo que se falar em qualquer direito sucessório.

²⁸ É de se referir que tal hipótese de convivência terminou sendo estendida também para os relacionamentos homossexuais, o que resultou de decisão do Supremo Tribunal Federal com importante repercussão em todo o país.

Tais circunstâncias fáticas só vieram a ser alteradas com a edição da Lei 8.971/94. O diploma, primeiro a disciplinar especificamente a união estável, foi responsável pela inserção do companheiro no chamamento hereditário do consorte. Nesse sentido, disciplinava o art. 2º, III da lei que, na ausência de descendentes e ascendentes do *de cuius*, o companheiro seria contemplado com a totalidade da herança, afastando por completo eventuais parentes colaterais.

Prevedo também a possibilidade de existirem parentes em linha reta ou terceiros na qualidade de herdeiros instituídos, o legislador estabeleceu ainda, no art. 2º, I e II da Lei 8.971/94, a prerrogativa do usufruto vidual, em favor do companheiro supérstite. Por meio dessa, o consorte teria direito ao usufruto de parte dos bens deixados pelo *de cuius*, o que perduraria enquanto vivesse e desde que não constituísse nova união.

Posteriormente, adveio a Lei 9.278/96, a qual instituiu mais um direito sucessório em prol dos companheiros: o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência do casal. A partir de então, o companheiro sobrevivente passou a ter garantido o direito de permanecer no imóvel residencial do casal, independentemente do regime de bens estabelecido ou da quota que lhe coubesse na herança.

Por essa feita, pode-se inferir que, sob a égide do Código Civil de 1916, o tratamento sucessório de cônjuges e companheiros era praticamente equinânime, o que certamente atendia ao anseio manifestado pelo legislador constituinte ao colocar casamento e união estável como entidades familiares de mesma hierarquia.

Não obstante, o advento do atual Código Civil, o qual se propôs a regulamentar por inteiro a sucessão de cônjuges e companheiros, acabou instaurando situação de inegável retrocesso, ao tratar ambos os consortes de forma flagrantemente diferenciada.

Nesse viés, o companheiro, que até então vinha conquistando importantes prerrogativas, viu os seus direitos sucessórios se restringirem aos aquestos onerosos do casal. Concomitantemente, deixou de ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, passando a concorrer sucessoriamente com os colaterais do *de cuius*. Também, ao concorrer com descendentes e com ascendentes do consorte, passou a receber cota hereditária inferior àquela recebida pelo cônjuge nas mesmas circunstâncias. Como se não bastasse, o novo diploma legislativo prevê direito real de habitação tão somente em favor dos cônjuges, o que, *a priori*, sugere que os companheiros também foram privados desse direito assistencial.

Em contrapartida, a situação sucessória dos cônjuges foi substancialmente reforçada pela nova legislação civil. Nesse contexto, é possível vislumbrar que os consortes, além de manterem o terceiro lugar na ordem de chamamento hereditário, passaram também a

concorrer sucessoriamente com herdeiros de classes preferenciais, concorrência essa que se estabelece em cotas bastante significativas. Outra inovação significativa trazida pelo Código de 2002 implicou em colocar os cônjuges na qualidade de herdeiros necessários, ao lado de descendentes e ascendentes.

Como não poderia deixar de ser, esse tratamento sucessório desigual entre cônjuges e companheiros foi alvo de severas críticas entre os juristas mais modernos, os quais não encontraram nenhuma justificativa plausível para tal discriminação legislativa, posto que o legislador constituinte em momento algum estabeleceu hierarquia entre as espécies de família enumeradas na Carta Magna, o que leva a crer que todas elas são merecedoras da mesma proteção jurídica.

Na tentativa de solucionar o impasse, vislumbrou-se certo ativismo judicial. Nesse contexto, é possível encontrar diversos julgados onde os Tribunais pátrios simplesmente afastaram aplicabilidade do art. 1790 do C.C, por considerarem que a discriminação por ele imposta vai de encontro a preceitos constitucionalmente consagrados.

Não obstante sejam louváveis estas tentativas jurisprudências de equacionar o problema, entendem os mais cautelosos que tal objetivo só poderá ser efetivamente alcançado por meio de uma reforma legislativa, a qual suprima o art. 1790 do Código Civil e, concomitantemente, reformule os artigos 1829 e seguintes, a fim de incluir o companheiro em todas as disposições que tratem dos cônjuges.

Foi nesse sentido que lecionou a professora Giselda Hironaka no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM:

O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.²⁹

No intuito de atender a essa necessidade premente, já existem diversos projetos de leis tramitando no Congresso Nacional. Nesse contexto, cabe destacar o projeto de lei nº 508, do deputado Sérgio Barradas Carneiro, o qual se apresenta como a tentativa mais eficaz de igualar definitivamente o tratamento sucessório de cônjuges e companheiros no direito pátrio.

Enquanto isto não ocorre, seguem os companheiros em situação injusta de desvantagem, tendo que suportar uma diferença de tratamento que não se justifica. Isso

²⁹ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança - A nova ordem da sucessão**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 195.

porque, em última instância, o casamento não pode ser tido como premissa essencial para que se institua o dever de assistência e apoio entre um casal.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e a aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 931.155/RS. Recorrente: A.M de O. Recorrido: N da S C. Relator (a): Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 06/08/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 37168. Relator: Ministro Antônio Torreão Braz. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 19/08/1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 175862. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 16/08/2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 191393. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 18/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 205517. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 01/04/2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 565820. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 15/09/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 246909. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 06/12/2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 389348. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 18/09/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 418365. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 28/04/2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 704637. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 23/03/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 466.729/SP. Relator: Ministro Carlos Alberto Direito. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 01/09/2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 234276. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 19/04/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15/05/2011.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.05.827570-2/001. Relator: Des(a). Heloísa Combat. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Publicado em 09/01/2009.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.06.020778-4/001. Relator: Des. Elias Camilo. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Publicado em 01/04/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70025169244. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Publicado em 21/08/2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70040781395. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Publicado em 24/02/2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70020389284. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Publicado em 12/09/2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70022652879. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Publicado em 10/04/2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70.023.734.122. Apelante/apelado: C.R.C, V.C.D e J.Y.F.D. Relator: Des. Rui Portanova. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Publicado em 09/06/2006.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo regimental no agravo de instrumento 1997/0087119-9. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 19/06/2008.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 99.011829-0. Relator: Des. Mazoni Ferreira. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 12/03/2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1933.

CALAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CALAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre: à luz da lei 8.971/94 e da lei 9.278/96**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Os direitos sucessórios dos companheiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil Brasileiro - Direito de Família.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução.** Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: IBDFAM/síntese nº 1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MOURA, Mario Aguiar. **Concubinato.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil- Direito das Sucessões.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança - A nova ordem da sucessão.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Alimentos e Sucessão no Casamento e na União Estável.** 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PARIZATTO, João Roberto. **Os direitos e deveres dos concubinos.** 3 ed. Ouro Fino: Edipa, 1999.

PAZINI, Cláudio Ferreira. **Alimentos e Sucessão na União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil- Direito de Família**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. Belo Horizonte: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. **União Estável**. Pará: Cejup, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Civil - Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2006.

WOLD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANEXO

PROJETO DE LEI Nº 508, DE 2007.

Parecer aprovação

(Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro)

Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Esta Lei modifica disposições do Código Civil sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

Art. 2º Os arts. 544, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 e 2003 da Lei 10.406- Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes importa adiantamento do que lhes cabe por herança." (NR)

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

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III - ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os subrogados." (NR)

"Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato." (NR)

"Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, 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, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.

Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes." (NR)

"Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça." (NR)

"Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caberlhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau." (NR)

"Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente."(NR)

"Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau." (NR)

"Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes." (NR)

"Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade." (NR)

Art. 3º. Revoga-se o art. 1.790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.