



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO SERIDÓ**  
**DIREITO – BACHARELADO**

**JÉSSICA THAIS MEDEIROS**

**CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: A EQUIPARAÇÃO FORMAL**  
**DOS INSTITUTOS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

**CAICÓ – RN**

**2016**

JÉSSICA THAIS MEDEIROS

**CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: A EQUIPARAÇÃO FORMAL  
DOS INSTITUTOS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Campus CERES, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Me. Dimitre Braga Soares de Carvalho

CAICÓ – RN

2016

## RESUMO

A pesquisa ora apresentada tem o intuito de demonstrar a evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro ao longo da legislação civil brasileira sobre o enfoque da Constituição Federal de 1988, demonstrando como o direito do cônjuge afetou positivamente o do companheiro em caráter sucessório. Ainda serão tratados os regressos apresentados com o Código Civil de 2002 ao revogar as leis 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996, até a recente votação do Recurso Extraordinário interposto ao Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

**Palavras-chave:** Evolução. Sucessão do cônjuge. Sucessão do companheiro. Constituição Federal. Inconstitucionalidade do art. 1.790.

## **ABSTRACT**

The research presented here aims to demonstrate the evolution of the succession right of the spouse and their partner throughout the Brazilian civil law on the focus of the 1988 Federal Constitution, demonstrating how the spouse's right positively affected the companion's in a succession aspect. Also, the succession right will be addressed from the regressions presented by the Civil Code of 2002, when the laws 8,971 of 1994 and 9,278 of 1996 were revoked, until the recent voting of the Extraordinary Appeal lodged to the Supreme Court regarding to the unconstitutionality of the art. 1,790 of the 2002 Civil Code.

**Keywords:** Evolution. Spouse's succession. Companion's succession. Federal Constitution. Unconstitutionality of the art. 1,790.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA ATRAVÉS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO.....	7
1.1. DO CASAMENTO.....	10
1.2. DA UNIÃO ESTÁVEL.....	12
2. DA SUCESSÃO.....	14
2.2. DA POSIÇÃO NA LINHA DE SUCESSÃO.....	14
3. DA EQUIPARAÇÃO DOS INSTITUTOS.....	17
3.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	17
3.2. LEIS 8.971/94 E 9.278/96 <i>VERSUS</i> CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	18
4. DA CONTRADIÇÃO DOS ARTIGOS 1.790 E 1.829 DO CC/2002.....	21
4.1. DA “VANTAGEM DE NÃO CASAR” .....	21
4.2. DAS VANTAGENS DE CASAR.....	24
4.3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.729 CC/2002.....	26
CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS.....	34

## INTRODUÇÃO

A convivência em sociedade leva o homem a se adaptar conforme os costumes e necessidades de cada época. Não foi diferente com os institutos do casamento e da união estável, apesar de observarmos mais as dificuldades do direito do companheiro, quando de sua evolução, por ser uma espécie de formação familiar mais recentemente amparada pelas codificações.

A partir dessa evolução nas relações sociais o Direito também sofre mutações por ser uma ciência voltada ao convívio social e tem a obrigação de acompanhá-lo. Isso aconteceu diante dos cônjuges que, com o passar do tempo foram adquirindo direitos sucessórios e de determinada forma a conquista foi deveras demorada, visto que o casamento foi a primeira forma de instituição familiar e só passou a sofrer mudanças positivamente na segunda metade do século XX. Assim, será feita uma breve análise sobre a evolução do direito do cônjuge ao longo da história e reportando-se isso à também evolução do direito do companheiro na união estável em caráter sucessório.

É, pois, um tema de importante discussão em virtude da atual formação social, na qual a união estável tornou-se uma das células cernes da formação da família contemporânea. Assim, a evolução do direito do companheiro relacionada à própria evolução do casamento e como estas caminharam até o desenrolar atual, tratam de mostrar se os institutos hoje são realmente compatíveis e se o casamento, o primeiro instituto aceito na formação familiar, contribuiu para melhoras no direito sucessório do companheiro.

Por tais motivos, e por ter sido a união estável preterida por muito tempo, em função de valores sociais, costumes na época do Brasil colônia e durante o Império, o casamento passou por variadas gerações como a única forma de constituição familiar, nos levando a crer que o próprio instituto não tenha evoluído muito ao longo do último século até os dias atuais. Por este motivo, devemos traçar também a linha tênue entre ambos os institutos e, além de tratar da evolução do companheiro em caráter sucessório, tratar da evolução do direito do cônjuge nessa matéria. Assim será possível perceber que caminhamos cada vez mais para a equiparação formal dos institutos, nos abstraindo da visão errônea de que só os companheiros tiveram direitos cerceados.

Nesse aspecto, trataremos das disposições sobre o tema na legislação vigente, dando destaque às contrariedades trazidas quando da aplicação ao caso concreto, dos arts. 1.790 e 1.829 do Código Civil de 2002. É aqui que se torna relevante falar da equiparação dos institutos, vez que a legislação vigente trouxe algumas discrepâncias acerca da sucessão, enquanto antes do Código atual já existia tratamento melhor para tal matéria, que terminou revogada.

Tais institutos tão comuns no cotidiano: um deles solene, presente e constante na vida de boa parte das pessoas que em algum momento buscam constituir núcleo familiar pautado em laços afetivos, mas formais; como também a união estável que, apesar de não constituir negócio jurídico e não ser dotada da solenidade também é uma constante no meio social. São acontecimentos que influenciam diretamente a vida das pessoas em sua esfera particular, se mostrando interessante falar dos efeitos para ambos os institutos diante de situação corriqueira, mas imprevisível e dolorosa, a morte.

Para esse estudo serão traçados conceitos, evolução e principais diferenças entre a união estável e casamento, no que diz respeito ao direito sucessório, e até que ponto os institutos foram equiparados, levando-se em conta o tratamento dado pelo Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988, além de, no contexto da evolução dos institutos, ficar demonstrado avanços e regressos do direito sucessório do companheiro até a sua constituição atual.

A metodologia utilizada dará preeminência a pesquisas bibliográficas, atreladas ao comportamento do objeto de estudo tanto quando posto em dispositivos legais, quanto à sua aplicabilidade aos casos concretos, sendo que, para isto, serão utilizados os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais brasileiros. E, para a melhor compreensão do que se pretende expor, através do método histórico, será traçado o papel da família como colaboradora dessas mudanças.

## **1. DA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA ATRAVÉS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO**

Por muito tempo a formação da família ficou restrita ao casamento, à família nuclear, na qual existem a figura do pai, da mãe e dos filhos. A sociedade vivia o estilo da família patriarcal, que dava direito e poderes ao pai, chefe da família, de controlar todos os passos da esposa e dos filhos, tendo o poder sobre a vida e a morte de cada um dos membros sob seu domínio. Era um instituto voltado predominantemente para a propriedade, o acúmulo de riquezas, onde os laços eram formados apenas com o sangue<sup>1</sup>.

Esse modelo de família predominou até a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, apesar de colocar a família como base da sociedade e lhe conferir proteção por parte do Estado, princípio que constava na Declaração Universal dos Direitos do Homem e foi aderida à legislação nacional, é um dispositivo limitador, vez que impede que a família seja

---

<sup>1</sup> LÔBO, Paulo. Família Brasileira: Origens, Repersonalização e constitucionalização; Casamento; União estável. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 17-36; P. 99-121; P. 168-188. P. 23.

considerada como apenas uma parte do Estado, ao passo que amplia a formação familiar à outras formas que não sejam constituídas através do casamento. Isso se depreende da opção de usar o vocábulo “família” ao invés de “casamento”, dando espaço e proteção a novas modalidades de constituição familiar. Também não é algo que o Estado possa conter como parte sua, em virtude de ser o núcleo familiar é sujeito de direitos e deveres não cabendo sua intervenção<sup>2</sup>.

A família passou a ser o espaço de realização pessoal de cada indivíduo a ela pertencente. Os laços, antes unicamente sanguíneos, passam a ser regidos pelo afeto e solidariedade entre seus membros. Essas mutações da estrutura familiar são fruto da mudança da ordem social.

Durante o patriarcalismo a sociedade era eminentemente rural, com os vínculos voltados ao aumento da propriedade. No decorrer do tempo e com a revolução industrial e consequente urbanização a população rural diminuiu ao passo que as cidades foram crescendo, deixando de lado a ideia da imensa prole rural que auxiliava na produção do campo. Ocorreu também a emancipação feminina, outro fator motivador da diminuição da quantidade de filhos, pois a mulher busca, antes de tudo, sucesso profissional adiando os planos maternos.

Conforme percebemos, a sociedade constrói uma inversão de valores, dando ênfase a propriedade e deixando em segundo plano o indivíduo e é nesse sentido que o núcleo familiar se torna o local de realização, enquanto indivíduo, de cada pessoa. O lugar onde passam a evoluir.

Mas a dúvida que permanece na doutrina diz respeito à possibilidade de existirem outras modalidades de família além das elencadas no art. 226 da Constituição Federal. O artigo em questão trata simplesmente da constituição a partir do casamento, união estável e os núcleos familiares monoparentais, onde existem somente mãe ou pai e filhos.

Para Paulo Lôbo, além de focar na questão do art. 226 da Constituição ser ou não *numerus clausos*, é necessário verificar se a Carta Magna permite análise de valor entre as entidades familiares trazidas<sup>3</sup>. Não é novidade o crescente número de novas formas de entidades familiares, além das elencadas no rol da Constituição Federal<sup>4</sup>. Ainda assim, existe parcela da

---

<sup>2</sup> LÔBO, Paulo. Família Brasileira: Origens, Repersonalização e constitucionalização; Casamento; União estável. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 17-36; P. 99-121; P. 168-188. P. 17-18

<sup>3</sup> Id. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em novembro de 2016. P. 01

<sup>4</sup> “a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade; c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai



doutrina reticente em simplesmente reconhecer pela inexistência de hierarquia entre as entidades trazidas expressamente no texto constitucional. Essa parte enxerga o casamento como a entidade familiar de maior valor. Assim o entendem por ser estabelecida a facilitação da conversão de união estável em casamento. Ademais, a posição defendida pelo autor é pela análise conjunta dos preceitos legais e principiológicos em face de análise estritamente legalista, pois a união estável, apesar dessa observação constar no texto legal, não deixa de ter seus efeitos, validade ou eficácia se não resultar conversão em casamento<sup>5</sup>.

Assim, a norma constitucional deve ser entendida conforme os valores de liberdade no momento da constituição familiar pelo instituto que melhor atenda aos requisitos das pessoas que planejam constituí-la, em obediência ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ainda assim, essa tese, contrária à defensora da superioridade do casamento sobre as demais formas de família, para Paulo Luiz Netto Lobo, ainda encontra-se incompleta, pois não abrange as mais variadas formas de família que não são colocadas explicitamente no rol do art. 226. Entretanto, não considera que a Constituição tenha se esquivado da proteção de outras formas de família além do casamento, união estável e a família monoparental. Pelo contrário. Admite, o autor que trata-se apenas de questão de interpretação adequada do texto legal, vez que o artigo em comento quando se refere à proteção usa a palavra família, não distinguindo quais os tipos de entidade familiar que merecem proteção do Estado<sup>6</sup>. Nesse contexto, o autor defende que o art. 226 traz apenas um rol exemplificativo, pois não se esgotam no texto em exame.

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.<sup>7</sup>

É nesse quadro que o afeto se torna o fator fundamental para a constituição de uma família e deixa de prescindir que para isto tenha que existir o casamento, visto que “[...] não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão

---

ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.” (LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. P. 02)

<sup>5</sup> Ibid., P. 04.

<sup>6</sup> Ibid. P. 05.

<sup>7</sup> Ibid. P. 05.

refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.”<sup>8</sup>

A família incorpora um valor fundamental por servir de ambiente à convivência e formação de seus componentes, como também por ser um fator determinante para sucessão, pois, no momento da morte, a herança passa desde logo aos parentes sucessíveis. Este é o teor do inciso XXX, art. 5º da nossa Constituição Federal ao estabelecer o direito de herança. Assim, a família encontra-se intimamente ligada a sucessão legítima, pois deriva, em tese, de parentesco. Mas essa não é a única forma de sucessão, visto que também pode existir testamento que direcione parte da herança a outra pessoa, mesmo que não tenha parentesco com o *de cuius*. Entretanto, nossa legislação preza pela proteção da família, o interesse dos parentes da linha de sucessão legítima está amparado por, no mínimo, cinquenta por cento do patrimônio deixado, já que no direito brasileiro as disposições testamentárias só são possíveis até a metade do patrimônio existente. É por isso que, mesmo sendo deixado em testamento um valor superior à metade possível, para parente ou não, o testamento só será válido até o montante de cinquenta por cento como proteção à família e respeito à legítima, que são o cinquenta por cento intocáveis para disposições de última vontade e pertencem somente aos parentes legítimos.

Como trataremos do direito sucessório e de suas implicações em duas formas de constituição familiar, passaremos agora a tratar das particularidades de cada instituto.

## 1.1. DO CASAMENTO

O casamento, bem como outras formas de união entre os indivíduos, possui uma finalidade de suma importância para a sociedade independente de como ela viva seus costumes culturais. A intenção primordial do casamento é a de constituição da família, a célula mãe da sociedade. Os novos indivíduos frutos da relação entre aqueles que resolvem se unir enxergam no convívio familiar o primeiro contato com outros seres humanos e, mais que isso, os primeiros aprendizados para desenvolver-se e poder fazer parte da sociedade. É importante registrar que a família é a estrutura primordial da sociedade independente do contexto social ou cultural o qual se abstraia para fins de estudo de um grupo. O indivíduo juntamente com a sua necessidade de identificação pessoal em termos de origem ou situação em seu grupo, bem como o repúdio a solidão enxerga, na família, seja qual for a sua configuração, um ponto de apoio.

A família tradicional desde longas datas é reconhecida como aquela formada a partir do casamento. Essa união entre dois indivíduos é a primeira fase de uma microestrutura social

---

<sup>8</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. P. 06.

que permitiu a organização dos indivíduos no convívio coletivo até chegarmos nos moldes atuais. O casamento sempre esteve ligado culturalmente e até pouco tempo, também, legalmente, à religiosidade, sendo atribuído a este uma condição sacra, dotada de indissolubilidade. Isso se deu pelo fato do mesmo não ser visto apenas como uma simples união.

A cultura cristã enxerga na união entre o homem e a mulher no casamento um matrimônio instituído por Deus onde o homem deixará seus pais e se unirá a sua mulher formando uma só carne, diferente do casamento civil que reflete a vontade de duas pessoas de se unirem e assumir responsabilidades conjugais entre si, pelos seus filhos e pelos bens que possuam e venham a constituir.

Até o Código de 1916 ainda persistia o viés patriarcal no casamento, bem como o caráter sagrado e a imposição de que só era possível a constituição de família por meio do casamento reconhecido apenas pelos laços matrimoniais, tão fortes que só se podia haver uma separação ente o casal por meio do desquite e, mesmo assim permaneciam os laços permaneciam para impedir novo casamento. Mesmo com o desquite a pessoa desquitada não podia contrair novo matrimônio, levando a sociedade a um crescente de uniões “ilegítimas”. Mais à frente o direito passou a reconhecer o desquite como separação de fato que só era reconhecida após um decurso longo de tempo e instituiu o divórcio.

O Código Civil de 2002, art. 1.511, traz o casamento como uma forma de “[...] comunhão de plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Em linhas gerais, sem a pretensão de estabelecer conceito definitivo, podemos expor que o casamento é a união de dois indivíduos baseada no afeto com a finalidade de constituírem família numa relação de cooperação mútua e recíproca que venha lhes garantir uma convivência permanente, pautada na promessa e compromisso de fidelidade e respeito recíprocos.

Mas não é só isso. O casamento é construído a partir de formalidades, envolvendo processo de habilitação (presente entre os arts. 1.525 a 1.532) e realização da cerimônia de casamento, condicionada, seja em qualquer local – no cartório ou edifício particular – à portas abertas, bem como presença de testemunhas; duas quando a cerimônia for realizada em cartório e quatro quando em edifício particular ou quando um dos nubentes não souber escrever (art. 1.534, §§ 1º e 2º). Todos esses detalhes, as portas abertas para dar a maior publicidade possível e a presença de testemunhas, visa evitar a realização de casamento com pessoas impedidas de casar, caso em que qualquer pessoa está livre para pronunciar o impedimento se tiver ciência.

Assim, embora o Estado não tenha direito de intervir, cria esses mecanismos para regulamentar os fatos que repercutam socialmente.

## 1.2. DA UNIÃO ESTÁVEL

Diante desse cenário em que é possível ver diversas formações de institutos familiares, o Estado não podia quedar-se inerte diante da novidade, pois a prioridade incide sobre a proteção que deve ser direcionada a família uma vez que a importância histórica e social do casamento reside exatamente no fato de que essa união celebra o nascimento de uma nova família. Partindo dessa premissa não deve o Estado conferir direitos e proteção apenas ao casamento. A Constituição de 1988 no art. 226, ao reconhecer que a família é a base da sociedade e merecedora de especial proteção, não deixou de dar guarida a outras formas de constituição familiar, nem especificou qual tipo de família protegeria, visto que contrariaria seu ideal de igualdade.

Conforme o afeto foi se tornando um princípio primordial no direito de família e presente nas relações, o conceito de família foi se expandindo. Por esse motivo, o texto constitucional, em seu parágrafo 3º, artigo 226 equiparou a união estável à entidade familiar, além de dar especial proteção aos núcleos familiares formados por qualquer dos pais e seus descendentes.

Dessa forma, a união estável passou a ser aceita como entidade familiar desde que houvesse a união entre “[...] o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”<sup>9</sup> (art. 1.723 do Código Civil de 2002). A união estável é, pois, pautada na publicidade, a qual demonstre notoriedade, convivência duradoura e objetive constituir família e não faz mais exigências de algum outro critério objetivo. No casamento, como visto anteriormente, existem uma série de regras a serem cumpridas, não basta apenas a vontade de constituí-lo. No caso da união estável, pode-se dizer que têm caráter subjetivo, vez que parte exclusivamente da vontade das partes de se unirem, enquanto o casamento, além dessa vontade, tem que seguir as regras impostas pelo Estado.

A união estável não prescinde de qualquer vínculo formal, existindo apenas no plano dos fatos, embora tenha os mesmos efeitos jurídicos do casamento, exceto aqueles provenientes da formalidade intrínseca a este último.

O que peculiariza o casamento é o fato de depender sua constituição de ato jurídico complexo, ou seja, de manifestações e declarações de vontade sucessivas (*consensus facit matrimonium*), além da oficialidade de que é revestido, pois sua eficácia depende de atos estatais (habitação, celebração, registro público). As demais entidades familiares são constituídas livremente,

---

<sup>9</sup> Essa redação foi extraída do art. 1.723 do Código Civil de 2002. A partir da ADIn nº 4.277 e a ADPF nº 132, do qual resultou de uma nova leitura do texto constitucional, passando a reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo. Segundo a Resolução nº 175 do CNJ: “Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.”

como fatos sociais aos quais o direito empresta consequências jurídicas. Por isso que a prova destas, diferentemente do casamento, localiza-se nos fatos e não em atos.<sup>10</sup>

Assim, da mesma forma que o casamento, a união estável também desdobra em efeitos sucessórios, pois não cabe ao Estado ignorar uma situação de convivência com todas as características do casamento, exceto as formalidades, mesmo após a Constituição Federal equipará-la a entidade familiar. E, como vimos, um dos aspectos do direito de sucessões é beneficiar a família.

Basicamente, a diferença entre a união estável e casamento está na declaração de vontade de constituir família. Enquanto a união estável, apesar de prescindir intimamente de vontade, sua manifestação explícita não é valorada, apenas sendo encarados como fatos de interesse para o direito a convivência pública, contínua e duradoura com objetivo de constituir família. Ao contrário do casamento, não existe a possibilidade da existência de vício de vontade, no qual os nubentes têm que declarar espontaneamente a vontade de casar, sob pena de não ser realizado se quem o estiver presidindo perceber que um dos noivos está reticente em declarar seu desejo. E ainda, em defesa da declaração de vontade o mais pura possível, para que não exista de modo algum vício de vontade, se um dos nubentes recusar-se a casar, somente poderá se retratar no dia seguinte<sup>11</sup>. Assim, a união estável é um ato-fato jurídico, que apesar de não prescindir da manifestação de vontade, os efeitos desta são totalmente válidos e úteis ao mundo jurídico. Ao contrário, o casamento é um ato jurídico que precisa da declaração de vontade para validade e produção de seus efeitos<sup>12</sup>.

Exatamente por não ser necessária essa declaração de vontade da mesma forma como no casamento para validar as relações da união estável, muitas dúvidas surgem quanto ao início e término dessa união.

Segundo Paulo Lôbo, a comprovação do início da união estável pode ser verificada por diversos fatores, como a forma dos companheiros se apresentarem como casal perante a sociedade, a assunção de responsabilidades pecuniárias de um pelo outro, a moradia conjunta, a compra de mobília para a casa e o contrato de aluguel, por exemplo. Entretanto, não vigora mais a ideia de convivência sob o mesmo teto, sendo totalmente possível que exista a união estável entre pessoas que não morem terminantemente juntas. Da mesma forma, não existe mais

---

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo. Família Brasileira: Origens, Repersonalização e constitucionalização; Casamento; União estável. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias*. 2011, P. 100.

<sup>11</sup> Ver arts. 1.538 do Código Civil de 2002.

<sup>12</sup> LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/concep%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel-como-ato-fato-jur%C3%ADdico-e-suas-repercuss%C3%B5es-processuais>>. Acesso em novembro de 2016.

um período de tempo determinado que tenha que ser transcorrido para se passar a considerar uma união estável<sup>13</sup>.

## 2. DA SUCESSÃO

No direito sucessório, a sucessão se dá por *causa mortis*, em virtude do falecimento de alguém. A morte é, então, o acontecimento do mundo fático apto a desembocar em efeitos jurídicos. Isso porque é um fator natural, em regra, que tem como consequência um efeito jurídico: a abertura da sucessão, que é um fato jurídico<sup>14</sup>. Significa que o legislador busca no mundo dos fatos eventos que possam ter consequência no mundo jurídico e os valora ao ponto de norma jurídica. Como a morte é um acontecimento apto a produzir efeitos na esfera jurídica, como no caso da sucessão, em que os parentes sucedem, a norma incidente é a que determina a sucessão no momento do falecimento do de cujus.

Assim, como traz o art. 1.784, a herança passa a pertencer aos herdeiros legítimos logo quando aberta a sucessão. Há a transferência do patrimônio, antes do *de cujus*, para os legitimados na sua sucessão, seus herdeiros. Essa sucessão, que pode ocorrer por meio de determinação legal, aos sucessores legítimos, ou disposição testamentária de última vontade (art. 1.786 do Código Civil de 2002) ocorre no momento do falecimento. Significa dizer que constatada a morte, está aberta a sucessão, que deve ser regida pela lei vigente ao tempo de sua abertura (art. 1.787 do Código Civil de 2002).

Trataremos especificamente da sucessão no que se refere ao cônjuge e companheiro, mais especificamente ao regime de comunhão parcial, comum à ambas as formas de constituição familiar. A partir de agora traçaremos a posição na ordem de chamamento para a sucessão, a vocação hereditária. Esse é um dos pontos que diferencia a união estável do casamento no Código Civil de 2002.

### 2.1.DA POSIÇÃO NA LINHA DE SUCESSÃO

A posição na linha de sucessão se dá pela ordem de vocação hereditária, ou seja, a ordem em que parentes são chamados a suceder.

---

<sup>13</sup> LÔBO, Paulo. *A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais*.

<sup>14</sup> “Desse modo, a norma jurídica constitui uma proposição<sup>20</sup> através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a eles devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (=efeitos jurídicos). [...]” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Norma e Fato Jurídico*. In: \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 50)

O nosso Código Civil de 2002 traz, entre seus arts. 1.845 e 1.850 as disposições sobre os herdeiros necessários, aqueles que necessariamente devem herdar e que, na existência deles, o testamento não pode dispor de mais da metade dos bens do autor da sucessão<sup>15</sup>.

Como herdeiros necessários, o rol não contempla a figura do companheiro, da união estável, vez que trata como necessários apenas os descendentes, ascendentes e o cônjuge<sup>16</sup>. Isso nos leva a acreditar que se trata apenas de uma omissão legislativa, pois, conquanto a classe de herdeiros legítimos subdivida-se em herdeiros legítimos necessários - estes já tratados acima - e herdeiros legítimos facultativos, que são os parentes colaterais do de cujus, ou seja, aqueles parentes que não estão na linha reta, na ascendência ou descendência do falecido, não há razão para que o companheiro não figure como herdeiro necessário também, vista a sua proximidade de parentesco com o falecido, pessoa com quem dividiu a vida na constituição familiar. Da mesma forma não faz sentido ter o companheiro tratamento diverso nesse quesito quando o cônjuge ocupa posição de herdeiro necessário pois, como vimos, as diferenças entre união estável e casamento se encontram apenas no momento de formalização dos fatos, não podendo o Direito ignorar a verdade real, qual seja, da semelhança gritante dos institutos.

Apesar disso, engana-se quem acha que a posição hoje ocupada pelo cônjuge como herdeiro necessário foi adquirida com facilidade. Durante a vigência do Código Civil anterior, o de 1916, o cônjuge ocupava a posição de herdeiro facultativo, assim como os parentes colaterais (tios, primos, irmãos).

Ainda na vigência das Ordenações Filipinas, o cônjuge somente era chamado à sucessão em última hipótese. Eram chamados os descendentes, não os encontrando, passava-se à procura de ascendentes e na falta destes chamavam-se os colaterais até o 10º grau que, por fim, não encontrando nenhum parente dessa classe, poderia suceder o cônjuge. Seguiu a mesma linha as Consolidações das Leis Civis<sup>17</sup>. Com o Decreto nº 1.839, de dezembro de 1907, o chamado de Lei Feliciano Pena, essa realidade mudou quando o cônjuge foi colocado na terceira posição na linha de vocação hereditária, ficando atrás somente dos descendentes e ascendentes, nesta ordem, ao passo que os parentes colaterais ocuparam a quarta posição. A Lei Feliciano Pena ainda limitou a vocação dos colaterais, que só seriam comunicados até o parentesco de 6º grau e o Código Civil de 1916 continuou aplicando esse mesmo entendimento<sup>18</sup>. Foi somente com o Decreto-Lei nº 9.461 que a chamada dos colaterais a sucessão ficou limitada até o 4º grau e permanece até hoje dessa forma.

---

<sup>15</sup> Código Civil de 2002: “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”

<sup>16</sup> Código Civil de 2002: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

<sup>17</sup> VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. 2010, P. 17.

<sup>18</sup> Ibid., P. 18.

Nos moldes do Código Civil de 2002, além dos colaterais serem chamados somente até o quarto grau, após descendentes, ascendentes e cônjuge, a situação do cônjuge também foi modificada. Agora, apesar de ocupar a terceira posição na linha de sucessão<sup>19</sup> também concorre com as classes anteriores, os descendentes e ascendentes, conforme o regime de bens adotado.

A união estável por sua vez nos acompanha ao longo da história, tendo sua primeira terminologia aliada ao vocábulo “concubinato”, passando muito tempo nessa qualidade. Por esse motivo as relações desse tipo não foram colocadas como referentes ao direito de família, já que a palavra nos leva à ideia de adultério. De fato, nos moldes atuais, em que a união estável foi separada de tal instituto, o concubinato abrange somente àqueles que tem impedimentos para casar<sup>20</sup>.

Entretanto, na acepção antiga da palavra, anterior à elevação da união estável à uma forma de constituição familiar, todo aquele que tendo impedimentos ou não para casar era considerado concubino, pois a palavra derivada do latim *concubinos* significa “dormir com”<sup>21</sup>, ideia associada às relações sexuais ilegais e sem que haja casamento, a única forma aceitável de constituição familiar por muito tempo.

Elevada à categoria de entidade familiar, a união estável passou a ser, segundo Paulo Lôbo, “[...] um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria [...]”<sup>22</sup>.

Assim, do mesmo modo que o legislador percebeu a necessidade de regulamentar a constituição familiar na forma do casamento, também o fez na união estável, visto que as duas formas geram modificações no mundo dos fatos que podem afetar o mundo jurídico. Seja no que se refere à sucessão, quando do falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, seja no sentido da filiação, esta que também é afetada pelo caráter sucessório, mas também para regulamentar a questão de inexistência de filhos legítimos e ilegítimos. São apenas filhos, não importando a forma de concepção, se por adultério ou não. Outro fator é que a maior rejeição quanto à uniões desse porte vinha da própria lei, pois inexistia o divórcio, apenas uma separação de fato que não liberava as pessoas para casar novamente. Então foram surgindo um aglomerado

---

<sup>19</sup> Conforme o art. 1.829 do Código Civil de 2002, a sucessão se dá primeiro aos descendentes, estes que deslocam aos ascendentes, que somente herdarão na falta dos primeiros. O cônjuge, em sua nova posição privilegiada, encontra-se em concorrência tanto com ascendentes e descendentes, conforme o regime de bens. Por último vem os colaterais, que só herdam em caso da inexistência de descendentes, ascendentes e cônjuge, nessa ordem, salvo se fora contemplado em testamento.

<sup>20</sup> Código Civil de 2002: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo. Família Brasileira: Origens, Repersonalização e constitucionalização; Casamento; União estável. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias* 2011, P.168.

<sup>22</sup> *Ibid.*, loc. Cit.



de uniões desse tipo, até que foi regulamentado o divórcio e a Constituição reconheceu a união estável como entidade familiar.

### 3. DA EQUIPARAÇÃO DOS INSTITUTOS

#### 3.1.CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A despeito dessa proximidade dos institutos e do crescente número de uniões informais, o legislador achou por bem tratar da união estável juntamente com o casamento no art. 226 da Constituição Federal de 1988, declarando não só o casamento como união admitida<sup>23</sup>. Da redação depreendemos que a união estável é uma forma de instituir família com a mesma proteção dada ao casamento, não permitida a hierarquia entre casamento e união estável, apesar de o texto legal demonstrar que a conversão da união estável em casamento deve ser facilitada<sup>24</sup>.

Apesar disso, há quem diga que a equiparação da união estável à instituto familiar seja uma afronta, uma forma de diminuir o valor da união matrimonial<sup>25</sup>. Entretanto, esse entendimento não é acertado, visto que o legislador apenas cumpriu com seu papel de acompanhar o desenvolvimento social, tentando regular as relações comuns no convívio social. Ademais, o nosso texto Constitucional é pautado na defesa da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal de 1988), considerando-se uma real ignorância de tal preceito se a Carta Magna optasse por ficar inerte diante do crescente de uniões informais, deixando-as à margem da sociedade. E não há qualquer forma discriminatória emanando de nenhuma das constituições familiares, pois como o legislador garante a facilitação da conversão de união estável em casamento, também é entendido que não existe qualquer espécie de hierarquia ou primazia entre as diversas formas de núcleos familiares.

Uma conclusão nesse sentido não tem base histórica ou sociológica e se choca com os 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.<sup>26</sup>

<sup>23</sup>Código Civil de 2002: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração; § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei; § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

<sup>24</sup> VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. 2010, P. 159.

<sup>25</sup>TATSCH, Fernanda Lemos. *A evolução Jurídica da proteção do cônjuge e do companheiro na sucessão: uma análise legislativa do Código de 1916 ao novo Código Civil*. P. 7

<sup>26</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit. P. 159.

Outra questão que impede o raciocínio desse tipo é que quanto ao caput do art. 226 da Constituição Federal de 1988, este estabelece que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O texto legal não traz nenhuma distinção entre as formas de família com o intuito de hierarquizar. Pelo contrário. Hoje temos famílias nucleares, formadas por pai e mãe e filhos, através do casamento ou da união estável, inclusive as homoafetivas, como também por só um dos pais e seus filhos (art. 226, §4º da Constituição de 1988).

O conceito de família atualmente, é um rol extremamente amplo, destinado a abarcar todas as formas de constituição familiar, ao ponto de diversos autores tratarem não mais do Direito de Família, mas das Famílias.

### **3.2. LEIS 8.971/94 E 9.278/96 VERSUS CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Sendo a união estável e casamento institutos familiares, o tratamento sucessório dado à cada um dos casos não deveria se distanciar, principalmente quanto aos efeitos sucessórios. Essa afirmação fica mais sedimentada ainda quando percebemos que união estável e casamento compartilham de um regime de bens, comum à ambos os casos. Essa é a redação do art. 1.725, *in verbis*: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.” Como depreendemos, à união estável aplicam-se as regras do regime de comunhão parcial de bens, desde que os companheiros não estipulem outra forma para reger as suas relações patrimoniais. Quanto ao casamento, esse regime também incidirá quando não houver convenção entre os contraentes por qualquer dos outros regimes ou, existindo, a convenção seja nula ou ineficaz (art. 1.640 Código Civil de 2002) ou nas hipóteses do art. 1.641<sup>27</sup> do Código Civil, situações em que o regime de comunhão parcial de bens passa a ser obrigatório.

O problema de tal sistemática reside não no fato de dividirem um mesmo regime de bens, mas sim pela diferença no direito sucessório quando observamos a aplicação no casamento e na união estável.

Quando tratamos da ordem de vocação hereditária, a ordem de sucessão, essa questão fica bem evidente. Conforme o art. 1.829 do Código Civil, a sucessão defere-se primeiro aos descendentes, ascendentes, ao cônjuge e aos parentes colaterais. O cônjuge ocupa a terceira posição na linha e, como tratamos do regime de comunhão parcial de bens, concorre com os

---

<sup>27</sup> Código Civil de 2002: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

dois primeiros legitimados, quais sejam os descendentes e ascendentes e exclui os colaterais<sup>28</sup>. O importante à se observar é que o cônjuge exclui completamente a possibilidade de herdar dos parentes colaterais. Dessa redação do Código Civil atual percebemos que a situação do cônjuge evoluiu, pois, além de ocupar a 3ª posição na linha de sucessão, ainda concorre com descendentes e ascendentes e, não existindo essas duas classes de herdeiros, herda sozinho.

O contrário ocorreu com a situação do convivente ou companheiro, que antes mesmo do Código Civil de 2002 entrar em vigor já recebia um tratamento melhor, inclusive mais vantajoso que o dado ao cônjuge no Código Civil de 1916, por intermédio das leis 8.971/94 e 9.278/96. Essas leis tratam, respectivamente, da sucessão e alimentos do companheiro e seu direito real de habitação<sup>29</sup>. De acordo com Zeno Veloso, as referidas leis,

Conforme a situação, o companheiro sobrevivente sucedia em propriedade, usufruto e habitação, copiando-se do regime do Código Civil de 1916 para o cônjuge supérstite, com uma importante diferença, todavia: o companheiro sobrevivente podia cumular, os direitos de usufruto e de habitação; já a viúva ou o viúvo teria um benefício ou outro, não podendo somá-los, tudo dependendo do regime de bens do casamento (cf. §§1º e 2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916).<sup>30</sup>

Dessa forma, de acordo com o texto de 1916, art. 1.611, §§ 1º e 2º, a sucessão seria deferida ao cônjuge supérstite se, e somente se, ao tempo da morte, não houvessem descendentes ou ascendentes para herdar. O artigo ainda limitava o direito de usufruto para somente quando o regime de bens não fosse o de comunhão universal, até quando durasse a viuvez, da quarta parte dos bens do de cujus. Já o direito real de habitação era permitido somente quando do regime de comunhão universal, mas desde que fosse o único imóvel destinado à residência e à inventariar. Isso porque nesse tipo de regime o cônjuge tinha direito à metade do patrimônio, era meeiro, pois todos os bens – tanto do marido quanto da mulher – trazidos desde antes da união matrimonial, bem como os adquiridos durante, passavam a pertencer igualmente ao casal e no momento da sucessão, o sobrevivente teria direito à metade. Por isso se justificava que o direito de usufruto não existisse nesse regime, deixando apenas a hipótese do direito real de habitação, quando fosse o único imóvel da família para não deixar a(o) viúva(o) desamparada(o). Da mesma forma, a regra do artigo em comento tratou de não deixar que o direito de usufruto e o direito real de habitação cumulassem, pois enquanto o primeiro não era aplicável ao regime de comunhão universal, o segundo somente se aplicava a esse regime.

Assim, a concorrência se dava, em geral, quanto aos outros regimes, somente quanto ao direito de usufruto dos bens do falecido, a quarta parte quando houvessem descendentes

---

<sup>28</sup> “[...] ora está na 1ª classe dos herdeiros legítimos, concorrendo com os descendentes, ora na 2ª classe sucessória, concorrendo com os ascendentes, e ocupa, sozinho, a 3ª classe dos sucessíveis. [...]” (VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. 224 págs. P. 32).

<sup>29</sup> VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. 2010, P. 159.

<sup>30</sup> *Ibid.*, P. 160.

comuns ou descendentes somente do cônjuge falecido, e à metade quando existissem somente ascendentes. Importante salientar que a concorrência não decorria do direito de herança, já que percebia o direito à meação conforme o regime de bens, mas não concorria com descendentes e ascendentes em patrimônio como atualmente vem estabelecido no art. 1.829 do Código de 2002.

Diferentemente, a situação do companheiro era bem melhor, vez que podia cumular o usufruto com o direito real de habitação. O art. 2º, incisos I e II, da Lei 8.971/94 trata do direito de usufruto:

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 cujos, se houver filhos ou comuns;

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

[...]

Enquanto isso, a lei 9.278, art. 7º, parágrafo único regula o direito real de habitação:

Art. 7º. [...]

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.

Com a aplicação do Código Civil de 2002, e conforme o art. 1.831, o cônjuge adquiriu o direito real de habitação seja qual for o regime de bens, não existindo disposição semelhante, para o companheiro. Seria, portanto, um retrocesso extremo, quando uma norma anterior já previa tal direito e a posterior ficou silente sobre o tema. Por isso, resta a dúvida na doutrina, sendo que para Zeno Veloso<sup>31</sup>, a maioria da doutrina, entende por estender esse direito também ao optante pela união estável.

Outra parte do texto da Lei 8.971 de 1994, responsável por tutelar o que se refere à alimentos e sucessão do companheiro, merece destaque. A redação do inciso III, art. 2º, da referida lei traz a seguinte redação: “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.” É uma hipótese que afastava totalmente o direito dos parentes colaterais, pois “[...] o companheiro sobrevivente concorria com filhos e com os ascendentes do *de cujus*, mas em usufruto, e, na falta de descendentes e ascendentes, recebia toda a herança, excluindo os colaterais.”<sup>32</sup> Desta forma, como não há menção na lei e como esta usa o termo “totalidade da herança”, compreendemos que englobava

<sup>31</sup> VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. 2010, P. 162.

<sup>32</sup> *Ibid.*, P. 160.

não só aqueles bens adquiridos durante a convivência em união estável, mas também quanto aos bens particulares deixados pelo falecido.

Nesse aspecto, percebemos como o Código Civil de 2002 desprivilegiou o companheiro, pois mais uma das disparidades da sucessão do e do companheiro reside no fato de que este último também concorre com os colaterais, não lhe cabendo a totalidade da herança. Significa dizer que o legislador entendeu que o companheiro não tinha valor semelhante ao cônjuge, mesmo nossa Constituição garantindo proteção às diversas formas de família, sem hierarquia ou discriminação.

#### **4. DA CONSTRADIÇÃO DOS ARTIGOS 1790 E 1829 DO CC/2002**

##### **4.1.DA “VANTAGEM DE NÃO CASAR”**

Se por um lado a situação do convivente tornou-se menos privilegiada com o Código Civil atual, ainda verificamos que em certas situações – por mais incrível que essa possibilidade possa parecer, como também remota, embora não impossível – em que leva vantagem sobre o direito estipulado ao cônjuge.

Isso decorre da redação dada aos arts. 1.829, referentes ao cônjuge e 1.790, que regula a sucessão do companheiro.

Como já citado anteriormente, a regra do art. 1.829 traz o cônjuge como herdeiro necessário que concorre na herança com descendentes e ascendentes, sem prejuízo de sua meação. Vale fazer a ressalva de que meação e herança não se confundem. Basicamente, a primeira é aplicada conforme o regime de bens, no caso, aplicável apenas aos regimes de comunhão universal e comunhão parcial de bens. É, portanto, uma parcela que pertence aos cônjuges sem que para isso tenha ocorrido o evento morte. Já a herança é consequência da morte, e será percebida também de acordo com o regime de bens, se ele permitir<sup>33</sup>.

Analisando o regime de bens da comunhão parcial, objeto deste trabalho, no casamento e na união estável a sua aplicação, quando da sucessão, tem comportamentos diversos. Conforme esse regime, o cônjuge sobrevivente tem direito à meação e ainda concorre à herança com os descendentes e ascendentes, isso somente quanto aos bens particulares do de cujus. Os bens particulares são aqueles que foram adquiridos antes do matrimônio e, por consequência do regime de comunhão parcial, não se comunicam os bens adquiridos antes do casamento

---

<sup>33</sup> “[...] O cônjuge meeiro já é titular da metade ideal dos bens, já é meeiro e não se torna meeiro porque o outro morreu; a viúva (ou viúvo) pode ser meeira e não ser herdeira – pode ser herdeira sem ser meeira, e pode ser meeira e herdeira, vai depender do caso. [...]” (VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. 2010, P. 43).

pelos nubentes (aqueles que estão se casando). É a redação do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.” É também regra estatuída no art. 1.829, inciso I, do mesmo Código, quando trata da sucessão legítima:

[...]

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

[...]

O artigo 1.829 é cercado de controvérsias, pois não é unânime o pensamento de que o cônjuge, no regime de comunhão parcial de bens, só concorre na herança quanto aos particulares. O entendimento pauta-se no art. 1.791 do Código de 2002, pois trata da indivisibilidade da herança, como um todo unitário e por isso deveria herdar, além da meação, nos bens adquiridos onerosamente durante o casamento e quanto aos bens particulares.<sup>34</sup> Entretanto, o entendimento não se fundamenta se observarmos atentamente o inciso I, do art. 1.829, pois diz que o cônjuge no regime de comunhão parcial de bens irá concorrer à herança com os descendentes se houverem bens particulares do *de cuius*. Ainda segue o pensamento de Zeno Veloso de que não é direito do cônjuge herdar nas duas categorias de bens, quando trata do tema sucessório e entendimento majoritário na doutrina:

“[...] o cônjuge sobrevivente, no regime da comunhão parcial, já é meeiro dos bens comuns, e não seria justo que ainda viesse a ser herdeiro, concorrendo com os descendentes do de cuius, sobre esses bens comuns, além dos particulares, mormente se não houver filhos comuns, mas só do falecido. [...]”<sup>35</sup>

Já na regra do art. 1790 o companheiro além de ser meeiro nos bens adquiridos na constância da união, ainda concorre com os descendentes do falecido tendo direito a cota igual à destes se forem comuns à ele e ao falecido ou a metade do valor que o descendente receber, se não existirem apenas filhos comuns ao casal. *In verbis*:

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;

[...]

Então, da forma estabelecida o companheiro leva vantagem no sentido de que ele ainda concorre quanto aos bens adquiridos onerosamente na união, os bens comuns, ao passo que no casamento só irá concorrer quanto aos bens particulares, pois já meia nos comuns.

<sup>34</sup> VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. 2010, P. 46.

<sup>35</sup> *Ibid.*, Loc. Cit. P. 46.

A situação do companheiro implica somente na meação e herança sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união, os bens comuns. Por isso há hipóteses em que o companheiro leva vantagem sobre o cônjuge; no caso de existirem apenas bens comuns, por exemplo. Nesse caso, o companheiro será meeiro e herdeiro, ao passo que o cônjuge apenas receberá a meação, não lhe cabendo o direito de herdar, pois, como visto, só herda quanto aos bens particulares quando o regime de bens do casamento é o da comunhão parcial. Essa situação gera a possibilidade de ser mais vantajoso não contrair o matrimônio e sim conviver em união estável. É o que o autor Zeno Veloso chama de “vantagem de não casar”<sup>36</sup>.

Da mesma forma que implica em vantagem, também existe a desvantagem. Enquanto o cônjuge ainda tem a chance de concorrer quanto aos bens particulares, se estes existirem, além de ter meação aos comuns, as chances do companheiro limitam-se aos bens comuns, quando ficará prejudicado se só houverem bens particulares. Vendo das duas perspectivas percebemos que o cônjuge, apesar de tudo, não fica desamparado em momento algum. Se existirem bens particulares e comuns, herda e meia, respectivamente. Se houver apenas um deles, também tem direito à sua parte. A questão é complicada e bastante prejudicial quanto ao companheiro que, segundo o art. 1.790 do Código Civil de 2002, só tem direito aos bens comuns – na meação e herança – não tendo direito aos bens particulares, ocasião em que sai prejudicado quando só existem bens dessa natureza.

Outro ponto prejudicial diz respeito ao fato de o art. 1.790, incisos III e IV, colocar o companheiro em concorrência com os parentes colaterais, coisa que não acontece com o cônjuge, que os afasta da sucessão. *In verbis*: “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.” Assim, além de só herdar nos bens comuns, adquiridos durante a união e não ter direito aos bens particulares do de cujus, só terá direito ao total da herança se não existirem, além dos ascendentes, parentes colaterais.

Dessa forma, mesmo quando não existirem descendentes com quem concorrer não terá direito à totalidade da herança e só fará jus a um terço dela. Como o texto legal não especifica a classe de parentes, entendemos que seriam as classes restantes e não tratadas no artigo, os ascendentes e colaterais. Esse é mais um ponto desvantajoso, já que se houvesse opção pelo casamento, a concorrência não existiria quanto aos colaterais, afastando-os totalmente.

E ainda imagine uma situação em que não existam descendentes e ascendentes – apenas o companheiro e colaterais – e que o falecido tenha deixado somente bens particulares. Dessa maneira, como o companheiro não tem direito aos bens que não sejam adquiridos onerosamente durante a união estável, ficará desamparado, enquanto os parentes colaterais,

---

<sup>36</sup> VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. 2010, P. 44.

mais distantes receberão a herança. O companheiro, pessoa escolhida pelo *de cuius* para comunhão de vida fica, então, desamparado em detrimento de parentes de grau afastado.

Esses efeitos da redação do art. 1.790 contraria severamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, vez que os ignora ao ponto de estabelecer hierarquia entre casamento e união estável e, de certa forma, “impor”, para que o companheiro não tenha direitos cerceados no futuro, um casamento. Além disso, viola expressamente o princípio da afetividade, pois leva à conclusão de que ainda estamos no patriarcalismo, onde as relações eram eminentemente voltadas aos laços sanguíneos e patrimoniais, vez que o referente artigo dá primazia aos parentes colaterais simplesmente porque os conviventes não optaram pelo casamento, além do que é uma séria intervenção estatal na autonomia privada dos indivíduos, de mesma forma que viola a igualdade entre casamento e união estável estabelecida na Constituição Federal de 1988.

Assim, diferente da regra do art. 1.829, que disciplina a sucessão dos cônjuges, atribuindo-lhes determinada “supremacia” com relação aos parentes colaterais, vez que os afasta da sucessão; a regra do art. 1.790 determina a concorrência do companheiro com esses parentes colaterais.

#### **4.2. DAS VANTAGENS DE CASAR**

Se por um lado existe a vantagem de não casar, quando o companheiro tem direito a concorrer, além da meação nos bens comuns, com os descendentes comuns ou não com o falecido, a cota equivalente ou à metade desta, respectivamente, as vantagens de casar são mais extensas e significativas.

Começando pela regra do art. 1.790, esta restringe a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, enquanto na situação de casados, os companheiros poderiam ter direito à meação nos bens comuns e ainda seriam herdeiros nos bens particulares. Aqui a vantagem reside no fato de que é totalmente possível que não existam bens adquiridos durante a união.

Além disso, conforme o artigo citado, o companheiro concorre com os parentes colaterais, além de não ser considerado um herdeiro necessário. Se houvesse a conversão em casamento, portanto, além de passar a herdar, necessariamente, quanto aos bens particulares, sem prejuízo da meação quanto aos bens comuns, ainda afastaria totalmente os parentes colaterais da sucessão, só concorrendo com descendentes e ascendentes.



Há ainda a hipótese de a herança ser considerada vacante e passar ao domínio do Estado, no caso de união estável, quando não são deixados bens comuns, apenas particulares, e o *de cujus* não tem descendentes, ascendentes ou colaterais sucessíveis.

Nesse aspecto, vale citar que o companheiro nessas condições ainda não tem o direito real de habitação, conforme as circunstâncias do Código Civil de 2002 e a aplicabilidade do art. 1.790. Da mesma forma, implica em igual tratamento desproporcional ao dado ao casamento o fato de o companheiro ser afastado da sucessão, quando só existem bens particulares, por parentes colaterais. Parentes esses que muitas vezes não tiveram contato com o *de cujus* ainda em vida.

É fácil imaginar a situação complicada em que vive o companheiro, vez que herda apenas nos bens comuns e sua única vantagem reside no fato da existência destes e, se der sorte, só existirem bens dessa natureza deixados pelo falecido, quando o cônjuge supérstite terá direito à meação e também concorrerá à cota na herança nesses mesmos bens (art. 1.790, Código Civil de 2002). E, mesmo assim, em sua única vantagem o companheiro ainda tem desvantagem, vez que não concorre somente com descendentes e ascendentes, mas também com os parentes colaterais.

Entretanto, as situações onde existem apenas bens particulares ou particulares e bens comuns podem ser muito recorrentes. No primeiro caso, o companheiro nada recebe, enquanto no segundo tem os direitos limitados aos bens comuns e é totalmente afastado dos particulares, estes que podem ficar com o Estado se da hipótese não restarem nem descendentes, ascendentes e parentes colaterais.

Com tantas vantagens provenientes do casamento, pode-se imaginar a existência implícita de uma forma de tentar influenciar a vontade dos conviventes, impelindo-os a casar para não ter direitos negados. Essa é, sem dúvida, uma afronta à liberdade de escolha que implica em uma hierarquização entre dois institutos familiares não permitida pela Constituição Federal de 1988.

Como visto, a vantagem de não casar do tópico anterior é superada facilmente pelas vantagens oriundas do casamento. Enquanto se manter em união estável resulta uma simples vantagem, o casamento traz uma gama de privilégios ainda oriundos da simbologia do matrimônio que, apesar de não ser adequada, no que tange à hierarquização, ainda persiste até hoje, ou persistia até antes da interposição do Recurso Extraordinário n. 878694 pela inconstitucionalidade do art. 1.790, o gerador de tamanhas controvérsias e desigualdades no direito sucessório.

#### 4.3.DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 CC/2002

Em virtude da discrepância de tratamento dada ao companheiro em relação ao cônjuge no quesito sucessório, mesmo compartilhando o mesmo regime de bens, com a mesma carga valorativa como família atribuída pela Constituição Federal de 1988 e as constantes situações em que o companheiro esteve inserido em consequência do tratamento legal dado ao tema, foi interposto ao Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 878694, originário do estado de Minas Gerais, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso.

O Recurso supracitado procedeu de um caso em que a companheira do falecido, com quem viveu por 9 anos em união estável, foi preterida em detrimento dos parentes colaterais, em virtude da regra do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

No caso concreto, em primeira instância, foi reconhecido o direito da companheira como a única herdeira, utilizando-se do mesmo tratamento dado ao casamento (regra do art. 1.829 CC/2002), já que o falecido não tinha deixado testamento nem descendentes e ascendentes; apenas três irmãos. Assim, os parentes colaterais (irmãos) interpuseram apelação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais da decisão proferida em 1ª instância. O Tribunal decidiu não pelo tratamento igual ao casamento, mais sim pela aplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, deferindo apenas 1/3 da herança à companheira, posto a salvo a meação.

Isto posto, a companheira interpôs o Recurso Extraordinário com base na violação de dispositivo constitucional que garante a mesma importância de qualquer constituição de família, afirmando não ser válida a diferenciação das constituídas mediante casamento e as oriundas de união estável.

O recurso em exame, portanto, examina se é legítimo ou não o tratamento diferenciado entre casamento e união estável constante no Código de 2002.

O Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais pautou-se no argumento de que a constitucionalidade do art. 1.790 é evidente e encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, pois, apesar da supremacia desta quanto as demais normas, não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão do cônjuge e companheiro da forma que o faz no Código Civil de 2002, visto que tratam-se de institutos diferentes. Assim, a companheira do falecido só teria direito à 1/3 dos bens adquiridos onerosamente e os bens não adquiridos dessa forma ou que fossem de origem particular do de cujus seriam pertencentes aos parentes colaterais, ou seja, aos irmãos do falecido<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> JULGAMENTO parcial do RE 878694: *a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, 2016. 02h 04 min. 45 segundos. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UxgdcCxlnc>>. Acesso em outubro de 2016.

Sobre isso, a Procuradoria Geral da República se manifestou contrária, em suas atribuições junto ao STF, quando determinou que tanto o casamento quanto a união estável são atos de autonomia privada, cabendo as partes decidir qual das modalidades de constituição familiar se adequa melhor à sua realidade. Pois se não existe impedimento para casar, os contraentes tem o direito de escolher qual a entidade familiar preferem adotar, de acordo com as suas vontades de participar de uma comunhão de vida mais rígida ou sem formalidades<sup>38</sup>.

Na sua fala, a representante do Instituto Brasileiro do Direito de Família e representando também o Instituto dos Advogados Brasileiros tratou da necessidade de adequação do Código Civil de 2002 ao estágio atual da sociedade, visto que procede de um projeto do ano de 1975, quando ainda vigorava a ideia de constituição familiar através do casamento. É evidente que com o passar dos anos foram sendo inseridas normas referentes ao direito sucessório do companheiro, mas não de forma satisfativa. Assim, se concluiu pela redação das Leis 8.971/94 e 9.278/96 que implicavam num tratamento igual na sucessão do casamento e da união estável, isso enquanto ainda vigorava o Código Civil de 1916. Dessa forma, defendeu, pautada no princípio de vedação ao retrocesso, pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, pois, conforme seu posicionamento, apenas não são aplicáveis de igual maneira ao casamento e à união estável as normas que decorrem da estrutura formal do casamento. E tudo o que for decorrência da estrutura da família, em virtude da disciplina da Constituição Federal de que não há hierarquia entre as famílias, cabe igual proteção por parte do Estado e deve ser entendida do ponto de vista do princípio da solidariedade familiar, que nos traz a família como o ambiente de desenvolvimento dos seus indivíduos. Dessa forma, na sucessão, além de levar em conta o direito fundamental de herança no art. 5º, XXX, o legislador deve considerar o próprio conceito de família – a união pelo afeto e solidariedade voltada para o desenvolvimento comum em um ambiente de realização de seus indivíduos – e assim contemplar não somente o cônjuge com direitos hereditários benéficos, como também ao companheiro, evitando que este seja colocado numa situação de desigualdade e seja preterido em função de parentes distantes e que possivelmente nem guardassem mais relação ou contato com o falecido<sup>39</sup>.

Contrariamente, a representante da Associação do Direito de Família e Sucessões manifestou-se no sentido de que o Código de 2002 não foi retrógrado quanto ao direito sucessório da união estável, pois entende que o casamento, apesar de não ser hierarquicamente superior, tem maior segurança jurídica de quando começa e quando termina, diferentemente da

---

<sup>38</sup> JULGAMENTO parcial do RE 878694: *a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil*.

<sup>39</sup> *Ibid.*

união estável. Ainda defendeu implicaria enriquecimento ilícito se por acaso a sucessão fosse deferida da mesma forma ao cônjuge e ao companheiro.

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso iniciou seu voto tratando da evolução do conceito de família, visto que o direito sucessório está intrinsecamente ligado à ela. Conforme sua explanação, a constituição familiar passou muito tempo ligada a ideia de casamento e, em nome disso, o Estado por muitos anos vedou o divórcio, pautando-se o casamento na ideia do débito conjugal e do pátrio poder, ainda excluindo filhos provenientes de relações fora do casamento e instituindo a incapacidade da mulher quando contraía núpcias. Isso tudo em função da proteção da família que até meados do século XX, como visto inicialmente, só era constituída mediante casamento. Na segunda metade do mesmo século é que essa posição mudou, pautando-se a constituição familiar no princípio maior da afetividade entre seus membros<sup>40</sup>.

Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. [...] <sup>41</sup>

Entretanto, isso não impediu que o novo Código entrasse em vigor com tratamentos diferenciados quanto ao cônjuge e companheiro, pois as Leis 8.971/94 e 9.278/96 dispuseram sobre regime de sucessão praticamente idêntico para aqueles que optassem pela união estável, conforme era no Código Civil de 1916 para os cônjuges, e até mais vantajoso em parte. Já com a vigência do Código Civil de 2002 essas duas leis foram suprimidas, passando a ser aplicado o art. 1.790 do diploma citado, que em muito foi prejudicial ao companheiro, como já demonstrado em tópico antecedente.

Apesar de não reconhecer qualquer diferença entre as entidades familiares para fins de proteção estatal, a parte final do § 3º do art. 226 da CF/1988 estipula que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Está implícita nesta cláusula a possibilidade de o legislador infraconstitucional traçar contornos distintos para as duas entidades familiares. Afinal, se a lei deve facilitar a conversão de uma em outra, pressupõe-se que ambas são figuras juridicamente (e não apenas socialmente) distintas. Essa é uma primeira constatação importante que decorre do sistema constitucional: *o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável*. Todavia, como será detalhado adiante, a partir da interpretação conjunta de diversos dispositivos da Constituição de 1988, que trazem a noção de *funcionalização* da família, alcança-se uma segunda constatação importante: *só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em*

<sup>40</sup> JULGAMENTO parcial do RE 878694: *a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil*.

<sup>41</sup> BARROSO, Roberto. *Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais*. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>. Acesso em outubro de 2016. P. 8.

*relação à outra, desigualando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos.*<sup>42</sup>

Assim, não é vedado o tratamento diferente, visto que são institutos familiares distintos, visto que a união estável independe de vínculo formal para seu início, bastando a convivência pública, contínua e duradoura com objetivo de constituir família; enquanto o casamento é permeado de formalidades, com natureza de negócio jurídico e que envolve processo de habilitação para se constituir. A vedação consiste em criar hierarquia entre esses institutos quando objetivam o mesmo fim: a propagação do afeto, solidariedade entre seus membros e realização pessoal no ambiente familiar como objeto de identificação pessoal. Por esse motivo o Ministro Relator votou pela inconstitucionalidade do art. 1.790, pois,

Além de estabelecer uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares, o art. 1.790 do CC/2002 também viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Como já defendi em trabalho doutrinário, a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)<sup>25</sup>. No caso da previsão de um regime sucessório diverso ao cônjuge e ao companheiro, há afronta tanto à dignidade na vertente do valor intrínseco, quanto à dignidade na vertente da autonomia, sem que haja qualquer valor social ou interesse estatal legítimo nessas limitações.<sup>43</sup>

Votaram com o relator, pela inconstitucionalidade do artigo, os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Em respeito ao princípio de vedação ao retrocesso, votaram pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 e pela aplicação do 1.829 aos companheiros, de sorte que a decisão será dotada de repercussão geral e afetará a população brasileira que vive em união estável, se por ocasião, não for reformulada.

Contudo, com a revogação do referido dispositivo, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso colocou em discussão se a inconstitucionalidade do referido dispositivo teria como consequência a aplicação das antigas leis revogadas pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002, Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, ou do art. 1.829 do Código atual. Para tanto chegou à conclusão de que o mais acertado seria aplicar o dispositivo referente ao casamento, já que as normas civilista evoluíram nesse aspecto e não seria sensata a aplicação das referidas leis quando o Código Civil, quando do tratamento aos cônjuges, é mais benéfico<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> BARROSO, Roberto. *Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>. Acesso em outubro de 2016. P. 16.

<sup>43</sup> Ibid. P. 19

<sup>44</sup> “A solução mais acertada é justamente esta última. Se é verdade que o CC/2002 criou uma involução inconstitucional em seu art. 1.790 em relação ao companheiro, é igualmente certo que representou razoável progresso no que concerne ao regime sucessório estabelecido no art. 1.829 para o cônjuge. No citado artigo 1.829, reforça-se a proteção estatal aos parceiros remanescentes do falecido, tanto pela sua elevação à condição de herdeiro necessário, como pelos critérios de repartição da herança mais protetivos em comparação com a legislação até então existente. [...]” (Ibid. P. 25).

Então, se o mais sensato é pela aplicação das mesmas regras sucessórias definidas ao casamento no Código Civil atual, qual seja, a aplicabilidade do art. 1.829 às relações sucessórias do companheiro, uma série de efeitos emanam da inconstitucionalidade do art. 1.790, segundo José Fernando Simão. Para ele, a aplicabilidade do art. 1.829 implica na elevação do companheiro a status de herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil de 2002), saindo da esfera de herdeiros facultativos. Do art. 1.829 ainda extrai-se que o companheiro passará a concorrer com descendentes e ascendentes, apenas, afastando os colaterais (aplicabilidade do art. 1.838 do mesmo diploma legal). Assim, a concorrência se dará nos moldes dos arts. 1.832 e 1.837 do Código Civil de 2002. Do mesmo modo, em face da omissão do legislador em lhe conferir o direito real de habitação quando da aplicabilidade do artigo ora inconstitucional, esse passa a ser um direito estendido aos companheiros, nos moldes do art. 1.831 do referido Código. Por fim, serão aplicadas as mesmas disposições concernentes à separação de fato no casamento, conforme o art. 1.830, e a aplicação do art. 1.829, conseqüentemente impede que a herança seja declarada vacante e encaminhada ao Estado quando existir companheiro supérstite, pois agora o companheiro é herdeiro necessário<sup>45</sup>.

Outra questão importante de ser citada trata-se do marco inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do referido artigo. No voto do Ministro Relator, este considerou que a nova regra deve ser válida para as sucessões que já não tenham transitado em julgado ou para aqueles que ainda não tenham feito partilhas extrajudiciais com escritura pública<sup>46</sup>.

Importante se faz saber da questão da modulação dos efeitos do Recurso Extraordinário em exame quando nos deparamos com caso semelhante narrado por Zeno Veloso<sup>47</sup>. Trata-se de um casal que viveu em união estável, preenchidos todos os requisitos do art. 1.723 do Código Civil de 2002, que optaram por não casar em virtude do companheiro já ter vivido um casamento que resultou infrutífero e deixou-lhe desiludido com relação à essa forma de união. Este, após determinado tempo falece, não deixando descendentes ou ascendentes, apenas a companheira e três irmãos. O caso, como visto, é bem semelhante ao do Recurso Extraordinário, como também recente. Ocorre que na situação tratada, o Recurso Extraordinário estava em vias de votação pela inconstitucionalidade, enquanto a companheira

---

<sup>45</sup> SIMÃO, José Fernando. *PROCESSO FAMILIAR: Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC e tio que deve alimentos a sobrinho*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-11/processo-familiar-inconstitucionalidade-cc-tio-alimentos-sobrinho>>. Acesso em novembro de 2016.

<sup>46</sup> SUPREMO Tribunal Federal. *Notícias STF: Suspenso julgamento sobre tratamento diferenciado a cônjuge e companheiro em sucessões*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324282>>. Acesso em novembro de 2016.

<sup>47</sup> VELOSO, Zeno. *A herança da companheira e a decisão do STF*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Zeno%20Veloso>>. Acesso em novembro de 2016.

viúva desconhecia de tal fato e quase fora impelida a realizar a partilha extrajudicialmente com os irmãos do *de cujus*. Por sorte, tomou conhecimento à tempo da votação pela inconstitucionalidade do artigo em questão e decidiu esperar o resultado. Como o resultado agora a beneficia, os irmãos colaterais passam a ser afastados da sucessão, cabendo à companheira todos os bens do falecido. Caso a mesma tivesse realizado a partilha extrajudicialmente, teria perdido os benefícios que emanam da decisão do Supremo Tribunal Federal.

## CONCLUSÃO

Como discutido no corpo deste trabalho, a união estável passou por muitas transformações ao longo do tempo, fato que também ocorreu com o casamento. No caso deste último, as mudanças demoraram mais a ocorrer. O direito sucessório dos cônjuges veio de forma mais tardia e lenta em virtude da situação social vivida, pois a família passou muito tempo com caráter eminentemente patrimonial, formada por pai, mãe e filhos, onde vigorava o pátrio poder e a incapacidade civil feminina unida ao débito conjugal.

Naturalmente a sociedade evoluiu, de forma que o direito do cônjuge acompanhou essa mudança, seguido pela união estável que passou a ser regulada pelas Leis 8.971/94 E 9.278/96 que igualaram a sucessão do companheiro à mesma disciplina dada ao cônjuge no Código de 1916 em virtude de dispositivo constitucional, art.226. Foi mediante esse artigo que a união estável foi equiparada a entidade familiar. Entretanto, após isso, o Código Civil de 2002 revogou as referidas leis e dispôs de um regime sucessório distinto para os companheiros, mesmo tratando-se do mesmo regime de bens, o que na maioria dos casos os colocava em desvantagem.

Mas, como dito, estamos em constante evolução e, como na vigência do Código Civil de 1916 foi necessária a edição das leis supracitadas para disciplinar o direito do companheiro de forma isonômica ao casamento, à luz do texto constitucional, o Código Civil de 2002 também está passando por mudanças nesse sentido.

O Recurso extraordinário recebido pelo STF e comentado anteriormente pauta-se na observância do princípio de vedação ao retrocesso, pois não podia a união estável ter sido equiparada em fins sucessórios ao casamento e depois voltar a ser tratada de forma discriminatória, situação que é vedada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, em cumprimento da dignidade da pessoa humana e da liberdade dos indivíduos para constituírem o núcleo familiar da forma que lhes satisfaça. Se contrário fosse, poder-se-ia dizer que o Estado pode intervir na autonomia privada, ditando qual forma de instituto familiar deve ser escolhido.

A nossa Constituição Federal de 1988, ao dar proteção privilegiada à família, acabou por garantir direitos aos que se unam e acabem por constituir um seio familiar e não menciona qual forma as pessoas devem aderir. Assim, a situação colocada como desvantagem para constituir união estável poderia implicar em uma indicação forçosa para que se constituísse somente através do casamento. Então, o fato de o texto constitucional destinar às leis infraconstitucionais a regulamentação da união estável e casamento, inclusive no direito sucessório, não significa que os institutos podem receber tratamento desprivilegiado em detrimento de outra forma de constituição familiar porque essas leis tem legitimidade atribuída pela constituição. É o mesmo dizer que a Constituição, apesar de vedar a existência de hierarquia entre união estável e casamento, admite que lei específica determine o contrário. Sobre isso versou o Recurso Extraordinário encaminhado ao STF o qual entendeu pela acertada inconstitucionalidade do art. 1.790 e que já era palco para muitas críticas em virtude do tratamento desigual empenhado.

A defesa pela constitucionalidade desse dispositivo se apega a legalidade estrita do Código Civil de 2002, bem como ignora o fato de que a Constituição designa às leis infraconstitucionais o tratamento constitucional, mas isso, por si só, não permite que essas leis violem o ordenamento da Carta Magna. Não é possível ficar restrito ao pensamento legalista sem levar em conta os mandamentos implícitos ou decorrentes do conjunto da obra expostos pela Constituição Federal, que, observados, verificariam a inconstitucionalidade do art. 1.790, como agora foi feito. Entender o contrário pelo simples fato de a Constituição ter-lhe ofertado a missão de existir e regular tal assunto como pressuposto de validade assemelha-se a dizer que legisla contra si mesma, o que não possui respaldo lógico e representa insegurança jurídica.

Assim, a despeito do que aconteceu na vigência do Código Civil de 1916, a união estável seguiu acompanhando os avanços, no teor sucessório, dados ao casamento. Não porque o casamento é hierarquicamente superior, mas sim pelo fato dos institutos se assemelharem no sentido da comunhão de vida existente nas duas modalidades, sendo descabido tratamento diferenciado nesse sentido. Além disso, o casamento é instituto legalmente mais antigo que a união estável, o que justifica que esta o acompanhe e não o oposto. Assim, o entendimento recente pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, se mantido, será aplicado a todos os brasileiros conviventes, já que boa parte da população vive em união estável, e a regra do art. 1.829 será válida tanto no casamento quanto na união estável. Essa será, então, mais uma vez que a união estável seguirá a disciplina dada ao casamento.

Por suas características, a alegação de que casamento e união estável devem ter tratamento distinto por serem institutos diferentes soa desarrazoada. Que são institutos diferentes, isso já é fato. Um é extremamente formal e o outro só existe no plano dos fatos.



A questão é que não há motivos para tratar os institutos de forma diferente se a sua finalidade é a mesma, a de constituir família, baseada nos princípios do direito de família do afeto e da solidariedade. E negar isso em detrimento de parentes que dificilmente ainda mantinham relações com o *de cujus* e que certamente não possuem relação direta com a união que se formou entre o casal que mantiveram a convivência e puderam construir uma família e patrimônio parece, no mínimo, injusto para o companheiro que esteve presente até o momento da morte de seu convivente. Dessa forma, a alegação de que o mesmo tratamento dado ao cônjuge para o companheiro significaria enriquecimento ilícito resulta infundada. Mais uma vez o direito de família hoje trabalha em cima do princípio da afetividade entre seus membros e colocar parentes colaterais até quarto grau antes do companheiro, que provavelmente foi a pessoa que sempre cuidou e que estava do lado do falecido no momento da morte soa discriminatório e injusto. Nos leva à antiga tradição de quando somente os laços de sangue importavam. Baseado nisso, a tese do enriquecimento ilícito se adequa melhor àqueles parentes até quarto grau que em nada contribuíram em convivência e afinidade com o de cujus e aparecem somente no momento de receber a herança.

E, de toda forma, como já colocado inúmeras vezes, a Constituição instituiu a proteção para todas as formas de família por parte do Estado, impedindo tratamento discriminatório. Nada mais foi a decisão do Recurso Extraordinário do Supremo Tribunal de Justiça, admitindo tratamento igual ao cônjuge e ao companheiro, que é um acerto.

Agora podemos dizer que o companheiro ocupa também o terceiro lugar na linha de sucessão, excluindo os colaterais. Da mesma forma que o cônjuge, concorrerá com descendentes e ascendentes quanto aos bens particulares do de cujus, pois limitar ao adquirido onerosamente seria incorrer em erro, visto que nem sempre existem bens dessa natureza e o companheiro fica desamparado. Enfim, serão aplicáveis as regras do art.1.829 quanto ao direito sucessório do companheiro.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Roberto. *Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>. Acesso em outubro de 2016.
- JULGAMENTO parcial do RE 878694: *a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, 2016. 02h 04 min. 45 segundos. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UxgdcCxlnc>>. Acesso em outubro de 2016.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em novembro de 2016.
- LÔBO, Paulo. *A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/concep%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel-como-ato-fato-jur%C3%ADico-e-suas-repercuss%C3%B5es-processuais>>. Acesso em novembro de 2016.
- \_\_\_\_\_. *Família Brasileira: Origens, Repersonalização e constitucionalização; Casamento; União estável*. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 17-36; P. 99-121; P. 168-188.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Norma e Fato Jurídico*. In: \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SIMÃO, José Fernando. *Processo Familiar: Inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC e tio que deve alimentos a sobrinho*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-11/processo-familiar-inconstitucionalidade-cc-tio-alimentos-sobrinho>>. Acesso em novembro de 2016.
- SUPREMO Tribunal Federal. *Notícias STF: Suspenso julgamento sobre tratamento diferenciado a cônjuge e companheiro em sucessões*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324282>>. Acesso em novembro de 2016.
- TATSCH, Fernanda Lemos. *A evolução Jurídica da proteção do cônjuge e do companheiro na sucessão: uma análise legislativa do Código de 1916 ao novo Código Civil*.
- VELOSO, Zeno. *A herança da companheira e a decisão do STF*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Zeno%20Veloso>>. Acesso em novembro de 2016.
- \_\_\_\_\_. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. 224 págs.