WILSON RICARDO LIGIERA

**O COMPANHEIRO NA QUALIDADE DE HERDEIRO NECESSÁRIO
E SEU DIREITO À LEGÍTIMA**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR PROFESSOR TITULAR ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2013

WILSON RICARDO LIGIERA

**O COMPANHEIRO NA QUALIDADE DE HERDEIRO NECESSÁRIO
E SEU DIREITO À LEGÍTIMA**

Tese apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Professor Titular Álvaro Villaça Azevedo.

Tese apresentada por WILSON RICARDO LIGIERA, intitulada O COMPANHEIRO NA QUALIDADE DE HERDEIRO NECESSÁRIO E SEU DIREITO À LEGÍTIMA, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Civil à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP).

Banca Examinadora

Prof. Titular Álvaro Villaça Azevedo
(Orientador – FDUSP)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

São Paulo, de de 2013.

Dedico este trabalho aos meus pais, Alvaro e Sonia, pois sem eles eu nada seria, e à minha esposa Luísa, porque sem ela eu nada conseguiria.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo, por me aceitar como seu orientando, acreditando em minha capacidade e viabilizando esta pesquisa.

Ao Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida, por todo apoio e ajuda.

Ao Prof. Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf, por seus valiosos conselhos.

À Prof.^a Dr.^a Teresa Ancona Lopez, por seus preciosos ensinamentos.

Ao Prof. Dr. Fernando Campos Scaff, por suas importantes lições.

Ao Prof. Dr. Rui Geraldo Camargo Viana, por suas sábias observações.

Ao Dr. José Renato Nalini, pelo amparo nos momentos mais difíceis.

À Dr.^a Débora Gozzo, pelas oportunidades a mim proporcionadas.

Ao Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior, pela amizade e incentivo.

Ao Dr. Jorge Shiguemitsu Fujita, pelo agradável convívio e atenção.

Ao Dr. Euclides de Oliveira, pelas imprescindíveis ponderações.

RESUMO

Esta tese tem por objeto o estudo do direito sucessório dos companheiros na união estável, tema que, cada vez mais, tem despertado grande interesse da sociedade. O ser humano, em decorrência de sua falibilidade e suscetibilidade a doenças, ferimentos e velhice, está sujeito à morte, fim inexorável de sua existência. A pessoa fenece, enquanto seus bens remanescem, sendo transmitidos a seus herdeiros, legítimos ou testamentários, e legatários. A sucessão legítima é aquela que se dá de acordo com a ordem preferencial estabelecida na lei; a testamentária, a que ocorre de acordo com a declaração de última vontade do falecido, expressa em testamento. Os herdeiros legítimos podem ser necessários ou facultativos: estes podem ser afastados da herança pelo fato de o falecido dispor de seus bens sem contemplá-los; aqueles, entretanto, não podem ser privados de parcela mínima da herança, a que têm direito, chamada de legítima, a não ser que sejam excluídos da sucessão por ato de indignidade ou deserdados pelo testador, em decorrência de ato atentatório à sua pessoa, nas hipóteses previstas em lei. O Código Civil de 2002 modificou profundamente a sucessão decorrente dos vínculos conjugal e convivencial. O cônjuge passou a concorrer não só com os descendentes do autor da herança, dependendo do regime de bens, mas também com os ascendentes, neste caso independentemente do estatuto patrimonial adotado. Ademais, foi elevado à categoria de herdeiro necessário, à qual antes só pertenciam os descendentes e ascendentes do *de cujus*. O companheiro supérstite, por outro lado, não foi declarado expressamente herdeiro necessário, embora também concorra à herança com os descendentes e ascendentes do morto. A presente pesquisa examina a posição sucessória daqueles que vivem em união estável, considerada entidade familiar pela Constituição da República Federativa do Brasil, em contraste com a sucessão do cônjuge, a fim de perscrutar, por meio de ampla investigação bibliográfica, legal e jurisprudencial, se o companheiro deve ou não ser considerado herdeiro necessário, do que dependerá seu direito à legítima.

Palavras-chave: Sucessão. União estável. Companheiro. Herdeiro necessário. Legítima.

RIASSUNTO

Questa tesi ha come oggetto lo studio del diritto di successione con riferimento al regime di unione stabile (convivenza) di una coppia, tema che, sempre più, sta suscitando interesse nella società odierna. L'essere umano, a causa della sua predisposizione e suscettibilità alle malattie, infortuni e vecchiaia, è soggetto alla morte, inesorabile fine della sua esistenza. L'essere umano muore, mentre i suoi beni rimangono e sono trasmessi ai suoi eredi, legittimi o testamentari, e legatari. La successione legittima ha titolo nella legge, consistendo nell'attribuzione dei diritti successori da parte dell'ordinamento, e si contrappone alla successione testamentaria, che ha titolo invece nel testamento, secondo le ultime volontà del defunto. Gli eredi possono essere necessari o facoltativi. Gli eredi legittimi facoltativi possono essere privati dell'eredità perché il defunto non li contempla nel testamento, mentre gli eredi legittimi necessari non possono essere privati della quota minima di eredità, di cui hanno diritto, chiamata legittima, a meno che non siano esclusi dalla successione, a causa di un atto indegno, o diseredati dal testatore, a causa di un atto offensivo alla sua persona, nei casi previsti dalla legge. Il Codice Civile del 2002 ha modificato profondamente la legislazione in materia di successione, in relazione ai vincoli coniugali o di convivenza. In base alla nuova legislazione, il coniuge concorre con i discendenti del defunto, secondo il regime patrimoniale, e anche con gli ascendenti, in questo caso indipendentemente dal regime patrimoniale adottato. Inoltre, fu elevata la categoria di eredi necessari, che in precedenza apparteneva solo ai discendenti e agli ascendenti del defunto. Il compagno superstite, d'altra parte, non è stato espressamente dichiarato come erede necessario, nonostante concorra all'eredità con i discendenti e ascendenti del defunto. Questo studio esamina la posizione successoria di coloro che vivono in un regime di unione stabile, considerata come un'entità familiare dalla Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile, in contrasto con la successione del coniuge, al fine di stabilire, attraverso un'estesa ricerca bibliografica, legale e giurisprudenziale, se il compagno deve essere considerato o meno come un erede necessario, dal qual caso dipenderà la quota di riserva a lui spettante per legge.

Parole-chiave: Successione. Unione Stabile (Convivenza). Compagno (Convivente). Erede necessario. Quota di Riserva.

ABSTRACT

The objective of this thesis is to examine succession law in connection with common law marriage (stable union), an issue that has garnered increasing public attention. Due to their intrinsic fallibility and vulnerability to disease, injury, and old age, human beings are subject to death, to the inexorable end of their existence. Yet while human beings are destined to meet their end, their property and assets remain behind, transferred to their heirs, either legitimate or testamentary, and legatees. Legitimate succession is based on the order of preference, as prescribed in law; testamentary succession is based on a statement of last wishes by the deceased, as expressed in a will. Legitimate heirs may be necessary or optional: although the latter may be left out of the inheritance by the deceased upon disposition of his or her property and assets, the former may not be deprived of a minimum share of the inheritance, to which they have a right, also known as legitime, unless they are excluded as a consequence of an act of indignity or disinherited by the testator by virtue of an offense against such person, as provided for by law. The 2002 Brazilian Civil Code significantly modified succession for cases of marriage and cohabitation. The spouse may now claim a share of the inheritance alongside the testator's descendants, depending on the particular marital property system applied, and ascendants as well, in this case irrespective of the specific property division system invoked. In addition, spouses are now classified as necessary heirs, a category previously reserved for descendants and ascendants of the deceased. However, the Civil Code does not expressly include surviving partners as necessary heirs, although they are entitled to claim a share of the inheritance alongside the ascendants and descendants of the deceased. This study considers the succession rights of individuals in common law marriage, considered a family entity under the Constitution of the Federative Republic of Brazil, in contrast to spousal succession, with a view to examining, through a detailed investigation of the existing legal literature and jurisprudence, if partners should or should not be deemed necessary heirs, a determination on which their right to legitime largely depends.

Keywords: Succession. Stable union (Common Law Marriage). Partners. Necessary Heir. Legitime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	19
1.1 EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO	19
1.1.1 Dos Primórdios até o Decreto n.º 181/1890.....	22
1.1.2 Código Civil de 1916 e Legislação Esparsa	26
1.1.3 Construção Doutrinária e Jurisprudencial	31
1.1.4 União Estável na Constituição Federal de 1988	33
1.1.5 Lei n.º 8.971/1994	35
1.1.6 Lei n.º 9.278/1996	39
1.2 REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	45
1.2.1 Caracterização da União Estável.....	51
1.2.1.1 União Estável e Concubinato.....	52
1.2.1.2 Requisitos Caracterizadores.....	54
1.2.2 Deveres dos Companheiros	56
1.2.3 Regime de bens na união estável	57
1.2.4 Alimentos na União Estável	61
1.2.5 Conversão da União Estável em Casamento	62
1.3 NOVAS TENDÊNCIAS DE AMPLIAÇÃO DA MATÉRIA: UNIÃO HOMOSSEXUAL.....	64
1.3.1 Juízo Crítico sobre o Reconhecimento da União Homoafetiva	70
1.3.2 Juízo Crítico sobre o Casamento Civil Homossexual	74
1.4 CONCLUSÕES SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR	85
2 HERDEIROS NECESSÁRIOS E DIREITO À LEGÍTIMA	88
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES	89
2.1.1 Sucessão Legítima e Sucessão Testamentária	90
2.1.2 Ordem de Vocação Hereditária.....	91
2.1.2.1 Sucessão no Código Civil de 1916	92
2.1.2.2 Sucessão no Código Civil de 2002	95

2.1.3 Ordem de Vocação Hereditária no Direito Estrangeiro	97
2.1.3.1 Direito Português	98
2.1.3.2 Direito Espanhol	102
2.1.3.3 Direito Italiano	105
2.1.3.4 Direito Francês.....	108
2.1.3.5 Direito Alemão	113
2.1.3.6 Direito Suíço	116
2.1.3.7 Direito Grego	117
2.1.3.8 Direito Argentino	118
2.1.3.9 Direito Mexicano	121
2.1.3.10 A Posição do Cônjuge na Ordem de Vocação Hereditária em Diversos Países	123
2.2 ESPÉCIES DE SUCESSORES	132
2.2.1 Herdeiros e Legatários	134
2.2.2 Herdeiros Facultativos e Herdeiros Necessários.....	135
2.3 DIREITO À LEGÍTIMA.....	138
2.3.1 Legítima e Metade Disponível	143
2.3.2 Disposição de Bens e Preservação da Legítima.....	145
2.3.3 Restrições à Legítima.....	147
2.3.4 Colação dos Bens Doados	149
2.3.4.1 Valor da Colação	153
2.3.4.2 Modo de se Realizar a Colação.....	156
2.3.4.3 Doação entre Cônjuges e o Dever de Colacionar	158
2.3.4.4 Doação entre Companheiros e o Dever de Colacionar	165
2.3.5 Afastamento do Herdeiro Necessário.....	167
2.3.5.1 Deserdação	167
2.3.5.2 Exclusão por Indignidade	171
2.4 JUÍZO CRÍTICO SOBRE O AUMENTO DO ROL DOS HERDEIROS	
NECESSÁRIOS	174
2.5 CONCLUSÕES SOBRE A SUCESSÃO LEGITIMÁRIA	175
 3 EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS DO COMPANHEIRO AOS DO	
CÔNJUGE	178
3.1 UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR	180

3.1.1 Concubinato	181
3.1.2 Famílias Múltiplas e Putatividade.....	182
3.2 UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO	183
3.2.1 Patrimônio e Regimes de Bens.....	185
3.2.2 Regimes Matrimoniais de Bens no Código Civil de 1916.....	187
3.2.2.1 Regime da Comunhão Universal	189
3.2.2.2 Regime da Comunhão Parcial.....	190
3.2.2.3 Regime da Separação de Bens	191
3.2.2.4 Regime Dotal	192
3.2.3 Princípios Norteadores dos Regimes de Bens no Código Civil de 2002.....	193
3.2.3.1 Livre Estipulação	195
3.2.3.2 Diversidade de Regimes	196
3.2.3.3 Mutabilidade Motivada.....	196
3.2.4 Regimes Matrimoniais de Bens no Código Civil de 2002.....	197
3.2.4.1 Regime da Comunhão Parcial de Bens.....	199
3.2.4.2 Regime da Comunhão Universal de Bens	200
3.2.4.3 Regime da Participação Final nos Aquestos.....	200
3.2.4.4 Regime da Separação Convencional de Bens.....	202
3.2.4.5 Regime da Separação Legal de Bens	203
3.2.5 Dissolução da Entidade Familiar.....	205
3.3 CONCLUSÕES SOBRE A IGUALDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES	207
 4 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO	 209
4.1 A EVOLUÇÃO DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE.....	209
4.1.1 A Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil de 1916	212
4.1.2 Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo.....	214
4.1.3 A Concessão ao Cônjuge do Direito Real de Habitação.....	217
4.2 TUTELA CONSTITUCIONAL DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO	219
4.2.1 Tratamento Diferenciado entre Cônjuge e Companheiro	220
4.2.1.1 Parâmetros Utilizados para o Tratamento Diferenciado.....	223
4.2.1.2 Principais Diferenças na Sucessão do Cônjuge e do Companheiro.....	224
4.2.1.3 Constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil	225
4.2.2 Tratamento Igualitário entre Cônjuge e Companheiro	235
4.3 SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	238

4.3.1 Direitos Sucessórios do Cônjuge.....	240
4.3.2 Direito Real de Habitação	247
4.4 CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES	252
4.4.1 Concorrência no Regime da Comunhão Parcial de Bens	253
4.4.2 Concorrência no Regime da Comunhão Universal de Bens	256
4.4.3 Concorrência no Regime da Participação Final nos Aquestos	260
4.4.4 Concorrência no Regime da Separação Legal de Bens	261
4.4.5 Concorrência no Regime da Separação Convencional de Bens	273
4.4.5.1 Divergência Jurisprudencial Acerca da Matéria	287
4.4.5.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça.....	299
4.4.6 Quota do Cônjuge na Concorrência com Descendentes.....	312
4.4.6.1 Concorrência com Descendentes Comuns do Casal	314
4.4.6.2 Concorrência com Descendentes Exclusivos do Falecido.....	315
4.4.6.3 Concorrência com Descendentes Comuns e Exclusivos	316
4.4.7 Concorrência do Cônjuge com os Ascendentes.....	319
4.4.8 Cônjuge como Único Herdeiro	321
4.5 CONCLUSÕES SOBRE A TUTELA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE.....	322

5 REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO

COMPANHEIRO	327
5.1 O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO NA LEI N.º 8.971/94	331
5.2 TRATAMENTO ESPECÍFICO DA MATÉRIA NO CÓDIGO CIVIL	339
5.2.1 Concorrência do Companheiro com os Descendentes.....	347
5.2.1.1 Concorrência com Filhos Comuns.....	351
5.2.1.2 Concorrência com Filhos Exclusivos do Falecido.....	352
5.2.1.3 Concorrência com Filhos Comuns e Exclusivos	353
5.2.2 Concorrência do Companheiro com os Ascendentes.....	360
5.2.3 Concorrência do Companheiro com os Parentes Colaterais	362
5.2.4 Concorrência do Companheiro com o Poder Público	367
5.2.5 Concorrência do Companheiro com o Cônjuge.....	369
5.2.6 Direito do Companheiro à Totalidade da Herança	370
5.2.7 Posicionamento dos Tribunais acerca da Sucessão do Companheiro.....	372
5.2.7.1 Divergência Jurisprudencial nos Tribunais Estaduais	376

5.2.7.2 Análise da Matéria pelo Superior Tribunal de Justiça	379
5.3 A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO	384
5.3.1 O Companheiro na Qualidade de Herdeiro Facultativo	388
5.3.2 O Companheiro na Qualidade de Herdeiro Necessário	393
5.3.2.1 Fundamentos da Posição do Companheiro como Herdeiro Necessário	400
5.3.2.2 Fundamento da Presente Tese.....	406
5.3.2.3 Objeções à Posição de Herdeiro Necessário do Companheiro	413
5.3.2.4 O Companheiro e seu Direito à Legítima	423
5.3.2.5 O Companheiro e o Dever de Colacionar	427
5.4 CONCLUSÕES SOBRE O TRATAMENTO PRÓPRIO DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO	430
 6 PROPOSTA LEGISLATIVA	 434
6.1 DIRETRIZES PARA A ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL	434
6.2 JUSTIFICATIVA.....	436
6.2.1 Artigo 1.789 do Código Civil.....	437
6.2.2 Artigo 1.790 do Código Civil.....	438
6.2.3 Artigo 1.801 do Código Civil.....	442
6.2.4 Artigo 1.810 do Código Civil.....	444
6.2.5 Artigo 1.829 do Código Civil.....	445
6.2.6 Artigo 1.831 do Código Civil.....	448
6.2.7 Artigo 1.832 do Código Civil.....	449
6.2.8 Artigo 1.837 do Código Civil.....	450
6.2.9 Artigo 1.845 do Código Civil.....	450
6.2.10 Artigo 1.857 do Código Civil.....	451
6.3 ANTEPROJETO DE LEI.....	452
 CONCLUSÃO	 455
 REFERÊNCIAS	 461

INTRODUÇÃO

A sucessão daqueles que vivem em união estável tem sido objeto de frequente análise dos pesquisadores da área jurídica. Inúmeros estudos são realizados sobre o tema, considerando-se os mais diversos aspectos da família de fato e seus efeitos patrimoniais. O interesse no assunto cresce a cada dia, à medida que aumenta o número de pessoas que compõem essa modalidade de entidade familiar.

O Código Civil brasileiro regulou a sucessão dos companheiros no artigo 1.790, dispositivo que tem sido alvo de inúmeras e merecidas críticas, por uma série de razões. A primeira relaciona-se à própria localização do dispositivo, que aparece inserido em capítulo que trata das disposições gerais, enquanto, na verdade, deveria estar localizado no capítulo que cuida da ordem de vocação hereditária, dentro da sucessão legítima. A outra censura que se faz ao artigo, especificamente quanto ao seu conteúdo, diz respeito ao tratamento prejudicial dispensado ao companheiro supérstite, principalmente se comparado com o do cônjuge viúvo. Ataca-se, nessa seara, o fato de o companheiro só herdar dos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável. Reprova-se, igualmente, a posição do companheiro, como sucessor único, apenas na quarta classe de herdeiros, após os colaterais. Repudia-se, outrossim, o retrocesso da legislação brasileira, notadamente por se lembrar que a legislação anterior, Lei n.º 8.971/94, conferia ao companheiro a totalidade da herança na hipótese de ausência de descendentes e ascendentes do falecido. Por fim, e como a mais importante discussão no âmbito desta pesquisa, maldiz-se a omissão do legislador sobre o companheiro ser ou não herdeiro necessário.

Apesar da relevância e atualidade do tema, bem como sua grande repercussão na vida de inúmeras entidades familiares, nota-se que a bibliografia jurídica nacional não trata especificamente dele. Ainda que alguns autores, ao se referirem aos herdeiros necessários, mencionem a não inclusão do companheiro no rol previsto no artigo 1.845 do Código Civil, não existem, em nosso país, estudos detalhados sobre o assunto. No que concerne especificamente ao direito à legítima do companheiro — que, dependendo de tal fator, poderá ou não ser privado da herança —, é preciso salientar que, embora seja de suma importância, referido aspecto da relação sucessória não tem sido explorado.

Pela singularidade e importância, considerando-se não só o grande número de

pessoas que vivem em união estável, mas também o fato de que muitos desses relacionamentos perduram até a morte, o assunto merece exame mais aprofundado, sendo escolhido como objeto de pesquisa desta tese.

Ressalte-se que a inexistência de estudos específicos acerca do tema aponta para a contribuição original da tese à ciência jurídica brasileira. Embora alguns autores abordem, de modo superficial, a questão relativa à posição do companheiro como herdeiro necessário, não se examinam com profundidade os fundamentos desse direito, tampouco se analisa o direito à legítima dos companheiros, que lhes foi claramente atribuído pelo Código Civil de 2002, e as consequências daí decorrentes.

O tema proposto visa à abordagem dos variados aspectos da sucessão do companheiro, levando-se principalmente em consideração o modo contraditório e omissivo como o Código Civil de 2002 tratou da matéria. Comporta ampla pesquisa a respeito do desenvolvimento da união estável e sua regulamentação no Direito brasileiro. Requer, ainda, profunda análise acerca dos direitos da pessoa que vive em união estável, notadamente diante do reconhecimento desse convívio pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar.

Pretende-se, por meio deste estudo, analisar meticulosamente a posição sucessória de quem vivia em união estável, diante da morte de seu companheiro, principalmente no que diz respeito à eventual possibilidade de essa pessoa ser afastada da sua quota hereditária por simples manifestação de vontade do falecido expressa em testamento.

Procura-se, ao mesmo tempo, investigar a aplicação, feita pela doutrina e pela jurisprudência, dos dispositivos legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro que regulam a matéria, visando à melhor compreensão do alcance dos direitos do companheiro em nosso país.

A pesquisa será delimitada sobretudo pelos aspectos mais relevantes atinentes à união estável no Direito brasileiro. Analisar-se-á a posição sucessória do companheiro no Código Civil de 2002, perscrutando-se a evolução legislativa e jurisprudencial acerca do tema, a fim de avaliar se a atual regulamentação do instituto atende aos princípios constitucionais vigentes.

Este estudo consiste numa ampla pesquisa bibliográfica a livros e artigos

doutrinários, nacionais e estrangeiros, acerca da posição do companheiro na sucessão legítima.

Partindo da análise e confronto das informações colhidas, por meio do raciocínio silogístico, busca-se a conciliação entre a norma abstrata e os fatos ocorridos com maior frequência, a fim de facilitar a obtenção de um denominador comum que possibilite a pacificação dos conflitos e disputas no campo sucessório.

Pelo método dedutivo, pretende-se demonstrar que o companheiro deve ser considerado como herdeiro necessário no ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência do que dispõe o Código Civil de 2002.

O objeto da pesquisa envolve a comparação do direito sucessório do companheiro com o do cônjuge, tendo como norte o reconhecimento da união estável, pela Constituição Federal de 1988, como entidade familiar.

Sem a pretensão de defender a equiparação dos institutos do casamento e da união estável, busca-se demonstrar os erros cometidos pelo legislador infraconstitucional que afrontou direitos já consagrados pela legislação anterior.

Em vez de seguir as diretrizes da Carta Magna, a comissão elaboradora do novo diploma prejudicou determinados direitos dos companheiros, se interpretado o novo texto de modo literal.

A despeito dos esforços incansáveis de eminentes juristas que apresentaram diversas propostas de redação ao novo diploma, para harmonizar o texto com o disposto na Constituição Federal, o Código Civil de 2002 foi lamentavelmente aprovado com uma série de equívocos e imprecisões, provocando grande celeuma, no meio jurídico, quanto à sua correta aplicação.

Não obstante os projetos de lei que tramitam pelo Congresso Nacional, tendentes a alterar o novo Código, principalmente em questões relativas ao direito de família e sucessões, será necessário o melhor delineamento da aplicação do texto vigente até sua eventual alteração. Ademais, ainda que ocorra alguma modificação legislativa, o texto atual continuará regendo as sucessões abertas na sua vigência, por força do princípio de *saisine*, o que nos remete à necessidade da plena adequação da interpretação dos dispositivos à Constituição Federal.

Tendo em vista a amplitude das questões envolvidas, relacionadas com o Direito de Família e das Sucessões, pretende-se delimitar a pesquisa ao campo relativo à posição do companheiro como herdeiro necessário. Entretanto, a fim de alcançar tal desiderato, há que se adentrar em outros assuntos relacionados, como, por exemplo, na análise comparativa entre a sucessão do cônjuge e do companheiro.

Diante disso, a pesquisa compreenderá a investigação da posição do cônjuge, no atual Código Civil, de herdeiro necessário que, dependendo do regime de bens, ocupa a primeira classe de herdeiros da sucessão legítima, ao lado dos descendentes; ou a segunda classe, ao lado dos ascendentes do *de cujus*, neste caso, independentemente do regime patrimonial de bens adotado pelo casal ou estabelecido pela lei.

Outros tópicos que, inevitavelmente, terão de ser considerados, referem-se à identificação dos herdeiros necessários, bem como às consequências daí decorrentes, *verbi gratia*, as restrições à liberdade de testar do *de cujus*, a doação e o dever de colacionar, a imposição de cláusulas restritivas e o instituto da deserdação.

Não obstante, a pesquisa concentrar-se-á na regulamentação do direito sucessório do companheiro no Código Civil de 2002, com foco principal na análise da constitucionalidade do artigo 1.790 desse diploma, visando à elaboração de proposta de aperfeiçoamento do dispositivo, bem como de sua aplicação em conformidade com a Constituição Federal.

Para isso, há que se verificar como os Tribunais têm aplicado o artigo 1.790 do Código Civil, que regulamenta atualmente a sucessão de quem vive em união estável. O dispositivo afronta, de algum modo, a Constituição Federal, como tem sido alegado? Deve ser declarado inconstitucional? Em caso afirmativo, como se daria a sucessão do companheiro até que o Código fosse alterado? Qual a interpretação conforme a Constituição?

Imprescindível, também, o questionamento acerca da possibilidade de o companheiro ser tratado como herdeiro necessário. O fato de não ter sido mencionado no artigo 1.845 impede que seja considerado dessa forma? Pode o companheiro ser afastado da sucessão caso o *de cujus* disponha de todos os seus bens em testamento sem o contemplar? A norma presente no artigo 1.790 é cogente ou dispositiva?

Outras questões merecem ainda especial atenção: O companheiro é sempre tratado de modo prejudicial em relação ao cônjuge? A diversidade de tratamento é inconstitucional? Há casos em que o companheiro recebe maior parcela da herança do que receberia se fosse casado? Isso fere os direitos do cônjuge?

Quais as principais propostas de alteração do Código Civil de 2002, relativas à sucessão do companheiro? Quais as vantagens e desvantagens da alteração do diploma em vigor? Essas são algumas das principais perguntas que deverão ser respondidas ao longo desta pesquisa.

Para atingir esse propósito, o presente trabalho atenta para a evolução da união estável no Direito brasileiro. Desse modo, considera-se, no primeiro capítulo, a construção doutrinária e jurisprudencial que deu origem ao reconhecimento da família de fato. Verifica-se o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988 e sua posterior regulamentação pelas Leis n.º 8.971/1994 e n.º 9.278/1996, culminando com o tratamento da matéria no Código Civil brasileiro. Examinam-se os requisitos necessários à caracterização da união estável. Perscrutam-se os direitos e deveres dos companheiros. Abordam-se os efeitos pessoais e patrimoniais da união estável, notadamente os relacionados às regras de regime de bens, alimentos e sucessão. Considera-se a conversão da união estável em casamento.

No segundo capítulo, são examinados os fundamentos básicos do direito das sucessões. Analisa-se a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Verifica-se a ordem de vocação hereditária. Examinam-se as espécies de sucessores: herdeiros e legatários, herdeiros facultativos e herdeiros necessários. Consideram-se o direito à legítima e os mecanismos destinados à sua proteção, como a colação dos bens doados e a necessidade de justificativa para a imposição de restrições sobre os bens que a compõem. Aborda-se o instituto da deserdação e da exclusão por indignidade.

Na sequência, é considerada no capítulo três a importância da união estável como entidade familiar. Apresentam-se as diferenças entre a união estável e o casamento, no que diz respeito aos direitos e deveres de cônjuges e companheiros. Contemplam-se os regimes de bens e as demais questões pertinentes relativas à formação do patrimônio familiar. São observadas as consequências da formação de famílias múltiplas e a possibilidade de reconhecimento da putatividade.

Ingressa-se, no quarto capítulo, na análise dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, com as necessárias ponderações acerca do tratamento diferenciado entre os institutos do matrimônio e da união estável. É examinada a alegação de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e a pertinência ou não de um tratamento igualitário entre cônjuge e companheiro. Considera-se, ainda, a evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro, seus avanços e retrocessos. Analisam-se os pressupostos para a sucessão legítima e a concorrência do supérstite com descendentes e ascendentes, além do direito à totalidade da herança e do direito real de habitação.

No quinto capítulo, examina-se a regulamentação dos direitos sucessórios do companheiro. Pondera-se sobre o tratamento específico do direito sucessório na união estável, diverso da sucessão no matrimônio. Mais uma vez, são trazidas a lume as questões polêmicas relacionadas à concorrência sucessória com descendentes, ascendentes, colaterais e até mesmo com o cônjuge. Questiona-se a possibilidade do direito do companheiro à totalidade da herança. Ingressa-se, por fim, na análise da posição do companheiro na qualidade de herdeiro facultativo ou de herdeiro necessário. São apresentados os diversos argumentos e fundamentos da posição do companheiro como herdeiro necessário e seu direito à legítima.

Por derradeiro, no sexto e último capítulo, considera-se a necessidade da alteração do Código Civil nessa matéria, com a apresentação de propostas *de lege ferenda*, imprescindíveis à adaptação do diploma de 2002 à realidade sociojurídica e à sua harmonização constitucional, sem, contudo, alterar a essência do texto, o que poderia provocar maiores distorções interpretativas.

Espera-se, em suma, com o presente trabalho, contribuir para a melhor aplicação dos dispositivos legais vigentes, ao mesmo tempo em que se busca o aprimoramento redacional da legislação sucessória, por meio de modificações que se mostrem absolutamente imprescindíveis para consolidar o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial formado ao longo desses dez anos de vigência do Código Civil.

1 UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O atual Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tratou da união estável no Título III, dentro do Livro IV – Do Direito de Família. Dedicou à regulamentação dessa família de fato poucos dispositivos: artigos 1.723 a 1.727. Adicionalmente, no Livro V – Do Direito das Sucessões, regulou a sucessão do companheiro em dispositivo próprio: artigo 1.790.

Muita crítica tem sido feita à regulamentação da união estável no Código Civil de 2002, notadamente no campo do direito sucessório. Pretende-se, neste estudo, perscrutar os direitos dos companheiros que vivem nessa entidade familiar, a fim de se verificar se a atual legislação atende ou não aos reclamos da sociedade, aos ideais de justiça, à dignidade da pessoa humana e, assim, à previsão constitucional acerca da matéria.

Antes de adentrar na consideração dos direitos hereditários dos conviventes, porém, faz-se mister analisar, ainda que sucintamente, a evolução da união estável no Direito brasileiro, partindo de seus primórdios, passando pela legislação primitiva, até alcançar o Código Civil vigente, considerando-se, finalmente, os requisitos caracterizadores dessa família de fato, os direitos e deveres dos companheiros, as repercussões patrimoniais dessa entidade familiar e as novas tendências de ampliação da matéria, com o reconhecimento de outras formas de família, também beneficiadas pela legislação existente que regulamenta esse vínculo convivencial.

1.1 EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

A despeito das críticas que têm sido feitas ao casamento, e apesar de toda a transformação que tem ocorrido nesse campo, notadamente no que diz respeito à facilitação do divórcio, o matrimônio é e continuará sendo importante forma de constituição de família. O formalismo para sua celebração e a imposição aos cônjuges de uma série de deveres podem ser apontados como elementos tendentes a dificultar o exercício da autonomia, mas nem por isso o casamento deixou de ser, durante toda a

história da humanidade, um admirável elo espiritual que une os cônjuges debaixo da égide da moralidade e da proteção do direito.

Não obstante sua importância, o casamento não é a única forma de constituição de família. Cada vez mais, em nossa sociedade, cresce o número de pessoas que se unem naturalmente, sem os laços do matrimônio. Talvez conscientes de seu comportamento, intencionalmente adotado, visando à formação familiar, ou, quiçá, simplesmente levadas pelo desejo de terem uma companhia, fugindo à solidão, muitas acabam constituindo uma família de fato. Dentre essas pessoas, há algumas que escolhem a convivência de fato com o propósito de se livrarem de determinadas responsabilidades, supondo que, por não estarem casadas, não estarão sujeitas a certas obrigações e limitações.

A existência de regras, por si só, não representa verdadeiro mal à formação das famílias. Mesmo a família de fato, como tudo o que resulta da ação humana, deve ser formalizada com alguma seriedade. A total liberdade de conduta de alguém afronta direitos de outrem, motivo pelo qual é oportuna a advertência de Álvaro Villaça Azevedo: “A liberdade, no Direito, há que se condicionar sempre, para que o direito de um não prevaleça sobre o direito do outro.”¹ É por isso que a família, matrimonializada ou não, necessita de um regramento, visando à segurança indispensável dos membros que a compõem.

De acordo com Susana Espada Mallorquín², o aumento das uniões de fato é uma realidade social, cujo incremento está intimamente relacionado com a crise da instituição matrimonial, que vem determinada pela proliferação das rupturas conjugais e pelo menor número de celebrações matrimoniais.

A união familiar, de direito ou de fato, precisa da proteção do Estado. Não é admissível que um agrupamento de pessoas que vivem juntas e compartilham a unicidade de uma relação amorosa não receba nenhum amparo legal e jurídico. Não se pode permitir que o rompimento irresponsável de um longo relacionamento ou mesmo a morte coloquem um dos conviventes em situação de desamparo, destruindo por completo a vida de uma pessoa que tenha se dedicado a outra com certo grau de comprometimento, amor e confiança.

¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4.

² MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**. Pamplona: Thomson Civitas, 2007, p. 43.

Conforme salienta Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, “a família formada pela união estável representa um fato natural e bastante presente na sociedade através dos tempos históricos, legitimada na realidade brasileira pela jurisprudência, por leis esparsas até encontrar respaldo constitucional”.³

Os direitos dos companheiros, ao longo dos anos, foram sendo timidamente reconhecidos. Após a ocorrência de muitas situações vexatórias, nas quais principalmente a companheira supérstite sofria o impacto da morte de seu companheiro, começou-se a sentir a necessidade de se regulamentarem os direitos sucessórios daqueles que viviam em união estável.

Inicialmente, alguns juízes admitiam a união estável como sociedade de fato e reconheciam o direito do concubino à parte do patrimônio adquirido durante a convivência, desde que provado o esforço comum. Com o passar do tempo, houve algumas importantes decisões dos Tribunais brasileiros no sentido de se reconhecer que esse “esforço comum” poderia resultar da contribuição imaterial do companheiro.

Um marco importantíssimo no reconhecimento dos direitos dos companheiros se deu com a defesa da Tese do Professor Álvaro Villaça Azevedo, intitulada “Do concubinato ao casamento de fato”, ocorrida um ano e meio antes da edição do texto constitucional.

A tese foi acolhida pelo artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal de 1988, tendo sido a união estável regulamentada posteriormente pelas Leis n.º 8.971/94 e n.º 9.278/96. A tramitação desta última lei teve início pela Câmara dos Deputados, modelada no esboço de Anteprojeto de Lei elaborado por Álvaro Villaça Azevedo.⁴

Por meio das referidas leis, foram conferidos direitos sucessórios aos companheiros. A Lei n.º 8.971/94 estabeleceu o direito dos companheiros ao usufruto ou à propriedade dos bens da herança, dependendo da existência ou não de descendentes e ascendentes. A Lei n.º 9.278/96 acrescentou o direito real de habitação, enquanto o companheiro vivesse ou não constituísse nova união ou casamento, relativamente ao

³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 108.

⁴ O Projeto de Lei n.º 1.888, de 1991, da Câmara dos Deputados, proposto pela então Deputada Beth Azize, transformou-se na Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 287).

imóvel destinado à residência da família.

Diante da elaboração do novo Código Civil, havia grande expectativa de que o novel diploma sanasse eventuais dúvidas quanto aos direitos sucessórios do companheiro e ainda lhe conferisse maior proteção. Entretanto, para a perplexidade dos profissionais e estudiosos do direito, bem como das pessoas que vivem em união estável, o Código de 2002 tornou ainda mais delicada a posição sucessória dos companheiros, disciplinando a matéria de modo omissivo e contraditório, fazendo surgir a premente necessidade de estudos mais detalhados sobre o tema, visando à correta aplicação das novas regras de direito sucessório.

Ao ingressarmos na consideração acerca da evolução da união estável no Direito brasileiro, é necessário analisar, inicialmente, os primeiros passos dados em nosso país em defesa da família de fato, o que implica a constatação de como surgiu essa entidade familiar. Importante é verificar de que modo a legislação de outrora considerava o agrupamento formado à margem do casamento, assim como o papel desempenhado pela doutrina e pela jurisprudência na construção dos direitos dos conviventes, levando o legislador constituinte de 1988 a reconhecê-lo como espécie de família, no artigo 226, § 3.º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Por fim, convém procedermos ao breve exame das duas principais leis que, atendendo ao comando constitucional, regulamentaram a união estável no Brasil antes do Código Civil ora vigente.

1.1.1 Dos Primórdios até o Decreto n.º 181/1890

No Direito Romano, o *matrimonium* não era encarado “como uma relação jurídica, mas como um fato social, produtor de efeitos jurídicos reflexos”.⁵ Não havia celebração

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 22.

oficial pelo Estado. Nascia de um fato, que acarretava consequências jurídicas.⁶ O casamento civil romano (*iustae nuptiae*) podia ocorrer sob duas formas: *cum* ou *sine manu*. No casamento *cum manu*, integrava-se a mulher na família agnática de seu marido, submetendo-se à autoridade do *pater familias* da casa deste, ou dele próprio; no casamento *sine manu*, destituído de qualquer formalidade, a mulher não saía de sua família natural. O casamento *cum manu* realizava-se pela *confarreatio*, pela *coemptio* ou pelo *usus*: a primeira constituía um procedimento reservado ao patriarcado, celebrado em ritual religioso; a segunda era destinada aos plebeus e se concretizava pela venda simbólica da mulher ao marido; o último se dava pela coabitação ininterrupta do homem e da mulher, por um ano, com a intenção de viverem como casados.⁷

Ebert Chamoun⁸, ao discorrer acerca da *conventio in manum*, explica que o início da coabitação matrimonial tinha de ser bem assinalada, pela entrada da mulher na casa do marido (*deductio in domum mariti*), que os costumes cercavam de certas cerimônias. A mera convivência não tinha a importância atribuída à intenção de ser marido e mulher, que era a espinha dorsal do matrimônio romano. Explica o autor que, “assim como a convivência se esteriotipava num elemento objetivo, a *deductio*, a intenção de ser marido e mulher, que os juristas chamavam *affectio maritalis*”, também devia manifestar-se mediante um elemento objetivo, “que era precisamente a dignidade que os cônjuges se atribuíam e que identificava logo o seu estado civil”. Não era, por conseguinte, a convivência que fazia as núpcias, mas o consenso (*nuptias non concubitus, sed consensus facit*).

Ao lado dessas figuras, entre as quais se inclui o casamento de fato, o Direito Romano reconhecia ainda outra forma constitutiva de família: “o instituto do *concubinatus*, que se apresentava, em Roma, pela convivência estável de homem e de mulher, livres e

⁶ Relata Pietro Bonfante: “Nell’antico diritto romano anche le donne maritate solevano entrare a far parte della famiglia del marito assoggettandosi alla stessa potestà e sciogliendo ogni vincolo colla famiglia dalla quale uscivano; precisamente come nello Stato la straniera che si sposa a un cittadino diventa d’ordinario cittadina.” (BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di diritto romano**. 10. ed. Torino: Giappichelli, 1946, p. 153). Tradução livre: No antigo direito romano, as mulheres casadas também costumavam se juntar à família do marido, sujeitando-se ao mesmo poder e dissolvendo qualquer vínculo com a família de onde proveio; assim como no Estado a estrangeira que se casa com um cidadão torna-se comumente uma cidadã.

⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 25-31. Luigi Carraro explica que essa estrutura familiar romana refletia-se no direito sucessório e garantia que o patrimônio do *paterfamilias* permanecesse no âmbito da própria família e não corresse o risco de ser transferido, em parte, a estranhos, em decorrência da sucessão do cônjuge, que não tinha nenhum direito, com base no *ius civile*, à vocação legítima. (CARRARO, Luigi. **La Vocazione legittima alla successione**. Padova: CEDAM, 1979, p. 88).

⁸ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, p. 145.

solteiros, como se fossem casados, mas sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*.⁹ Ou seja, os concubinos não se consideravam marido e mulher e nem usufruíam da posição social de casados.

A propósito, descreve Ebert Chamoun que, no Direito justinianeu, abolida toda consideração de diferença social, “o concubinato passou a caracterizar-se por ser uma união durável, sem a *affectio maritalis*”¹⁰. A união com mulher *honestae vitae et ingenua* devia fazer-se acompanhar de uma declaração de que era concubinato, não casamento. A aproximação entre os dois institutos, porém, fez com que muitas das normas do matrimônio fossem estendidas ao concubinato.¹¹

José Carlos Moreira Alves¹² apresenta, em harmonia com isso, que eram exigidos

⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 127. Explica Álvaro Villaça Azevedo que até o período do direito clássico, o concubinato não existia como instituto jurídico, não produzindo, portanto, efeitos no âmbito do Direito. Sua origem deve-se à legislação matrimonial do Imperador Augusto que, criando rígidos impedimentos de natureza social a uniões conjugais com mulher de situação social inferior e cominando sanções às uniões extraconjugais com mulheres de categoria social honrada, acabou por regulamentar, de modo indireto, o concubinato, notadamente porque a *Lex Iulia* isentava de penalidades a relação concubinária. (Ibidem, p. 128). José Carlos Moreira Alves relata, adicionalmente, que, no direito clássico, o concubinato não produzia efeitos jurídicos de qualquer natureza. Foi no direito pós-clássico que esse panorama se modificou, quando os imperadores cristãos transformaram o concubinato em instituto jurídico. Visando combatê-lo, em favor da família legítima, inferiorizaram a condição da concubina e de seus filhos. (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 672). Explica, adicionalmente, Ebert Chamoun: “Segundo a opinião dominante, o concubinato era a união durável entre o homem e a mulher não *ingenua et honesta*. A lei *Iulia de adulteriis*, de Augusto, punia como *stuprum* a relação sexual extra-conjugal com mulher de condição social honrada (*honestae*).” (Ibidem, p. 154).

¹⁰ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**, p. 155.

¹¹ Ao tratar dos direitos sucessórios da concubina no Direito Romano justinianeu, comenta Ana Alemán Monterreal: “*La unión estable de un hombre y una mujer sin affectio maritalis o sin conubium experimentó diversa evolución a lo largo de su historia. En efecto, esta realidad es un hecho constatado en el derecho romano, en donde apreciamos como en el derecho clásico el concubinato resultó jurídicamente ignorado, considerándose como una mera relación de hecho sin efecto jurídico alguno; esta indiferencia se suple, en derecho postclásico, por una clara desavenencia jurídica, siendo objeto de numerosas sanciones y limitaciones; sin embargo, en la época justinianeá el proceso se invierte, concibiéndose el concubinato como un matrimonio inferior — inequale coniugium —, con una clara tendencia a equipararlo a la realidad matrimonial. Prueba de ello, es el reconocimiento de derechos sucesorios a la concubina tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada*”. (MONTERREAL, Ana Alemán. Algunas consideraciones sobre los derechos sucesorios de la concubina en derecho romano justiniano. A propósito de los derechos sucesorios del conviviente supérstite de una pareja de hecho. **Studia Iuridica 88**: Colloquia 16. O direito das sucessões: do direito romano ao direito actual, Coimbra: Coimbra, 2006. p. 521-536. (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Tradução livre: A união estável de um homem e uma mulher sem *affectio maritalis* ou sem *conubium* experimentou diversa evolução ao longo de sua história. Com efeito, esta realidade é um fato constatado no direito romano, aonde apreciamos como no direito clássico o concubinato resultou juridicamente ignorado, considerando-se como uma mera relação de fato sem efeito jurídico algum; esta indiferença se supre, no direito pos-clássico, por uma clara desavença jurídica, sendo objeto de numerosas sanções e limitações; entretanto, na época justinianeá o processo se inverte, concebendo o concubinato como um matrimônio inferior — *inequale coniugium* —, com uma clara tendência a equipará-lo à realidade matrimonial. Prova disso, é o reconhecimento de direitos sucessórios à concubina tanto na sucessão testamentaria como na intestada.

¹² ALVES, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 673.

certos requisitos para que houvesse o concubinato: a) que os concubinos tivessem atingido a idade conjugal; b) que, com relação a eles, não houvesse impedimentos matrimoniais relativos ao parentesco e à afinidade; e c) que o concubinato fosse rigorosamente monogâmico.

Conforme explica Álvaro Villaça Azevedo, casamento de fato e concubinato apresentam conceitos paralelos: “no primeiro, os conviventes sentem-se marido e mulher, porque são casados, embora não nos termos do casamento legislado (civil ou religioso com efeitos civis); no segundo, vivem como se casados fossem”.¹³ Nosso Direito não alberga atualmente a primeira figura, embora já a tenha acolhido outrora, na época do Direito luso-brasileiro, quando era conhecida por casamento presumido.

Na época do descobrimento do Brasil, em 1500, vigorava em Portugal o casamento religioso, que era celebrado nos moldes da Igreja Católica. Como consequência, no Brasil, desde sua fase de colônia portuguesa até o ano de 1890, o casamento foi regido pelo direito canônico.¹⁴ Durante esses anos, havia no Brasil o casamento de fato.¹⁵

Nesse ínterim, merece ainda destaque a aprovação da Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas, pelo Decreto n.º 2.318, de 22 de dezembro de 1858, que acolheu a figura do “concubinato” ou do “matrimônio clandestino” (verdadeiro casamento de fato), possibilitando até o recebimento de herança, por um dos cônjuges, pela morte do outro, se estivessem vivendo juntos.¹⁶ Em suma, percebe-se que, desde os primórdios da nossa sociedade, admitiu-se a constituição de família por meio da união natural de homem

¹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 88. Explica ainda o autor: “Declare-se, inicialmente, que o concubinato puro, como vem sendo estudado, é a antiga forma do casamento de fato (*usus*, do Direito Romano; casamento de *conuzudos*, nas Ordenações Filipinas; *common law marriage*, nos Estados Unidos da América do Norte; *matrimonio por comportamiento*, no Estado mexicano de Tamaulipas etc.), que existiu desde a Antiguidade.” (Ibidem, p. 221).

¹⁴ Com a Constituição Imperial de 25 de março de 1824, a religião católica continuou a ser a religião do Império. Somente com a Lei de 11 de setembro de 1861, regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863, tratou-se da validade do casamento realizado entre religiões cristãs, apartadas do catolicismo. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit., p. 99-100). Prevalecia, àquela época, a doutrina que atribuía à religião “exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar da validade do ato”. (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 38).

¹⁵ As Ordenações do Reino (Ordenações Afonsinas de 1446, Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603) não exigiam a escrituração pública para a comprovação da conjunção matrimonial. Ao contrário, o Livro IV, Título XLVI, das Ordenações Filipinas, ao determinar que marido e mulher seriam meeiros em seus bens, assim dispunha: “Outrossim serão meeiros, provando que estiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo Direito, baste para se presumir Matrimônio entre eles, posto que se não provem as palavras de presente.” (ORDENAÇÕES Filipinas on-line. **Universidade de Coimbra**. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l4p834.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2011).

¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit., p. 101.

e mulher, sem que a formalização da relação perante o Estado se tornasse imprescindível.

Entretanto, com o advento do Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento secularizou-se e passou a estar cercado de formalidades que acabaram por impedir a existência do casamento de fato ou presumido. Revogaram-se, então, todas as formas de casamento anteriormente admitidas. Por fim, a Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, estatuiu em seu artigo 72, § 4.º: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

A ideia de se aceitar uma situação de fato, baseada numa presunção, foi então rechaçada pelo direito. Todavia, o agrupamento familiar de fato continuou existindo, ainda que na penumbra e à margem da lei. Desse modo, a partir de 1890, o concubinato puro desenvolveu-se, em grande parte, em decorrência do descaso do legislador brasileiro, ao eliminar todas as formas antigas de constituição de família, principalmente o casamento religioso e o casamento de fato.

1.1.2 Código Civil de 1916 e Legislação Esparsa

Com a secularização do casamento por meio da edição do Decreto n.º 181/1890, deu-se extremo valor ao formalismo e o Estado brasileiro deixou de reconhecer o casamento de fato. Em 1.º de janeiro de 1917 entrou em vigor a Lei n.º 3.071/1916, que instituiu o Código Civil brasileiro. Esse diploma, em seu artigo 315, parágrafo único, estabeleceu originalmente que o casamento válido só se dissolvia pela morte.

Sendo o casamento indissolúvel, muitas pessoas, cujo primeiro relacionamento não dera certo, não tiveram outra opção senão adotar uma forma diversa de convívio: o concubinato. Ainda que este fosse um modo de vida reprovável e rejeitado como forma de constituição de família, um grande número de desquitados, impossibilitados de se casarem novamente, tiveram que reconstruir suas vidas à margem da proteção legal. Com o tempo, grande parte da sociedade brasileira aderiu a essa forma de convivência sem matrimônio, quer pelo excesso de formalidades que o casamento civil sempre envolveu, quer pela proibição de se casarem.

Quando o divórcio foi introduzido no Brasil, por meio da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a dissolução do casamento já não mais atendia às necessidades de grande parcela da população, que se acostumara à convivência de fato.

Entretanto, o Código Civil de 1916 não regulou a união estável. No sistema daquele diploma, a coabitação de um homem e uma mulher não configurava uma entidade familiar. Conforme explica Silvio Rodrigues, “o legislador de 1916 ignorava a então chamada família ilegítima, e as raras menções que faz ao concubinato (arts. 248, IV, 1.177 e 1.719, III, etc.) eram apenas com o propósito de proteger a família constituída pelo casamento”.¹⁷

Excepcionalmente, admitia-se a posse de estado de casado como prova complementar do casamento, debaixo do pressuposto de que o matrimônio havia sido realizado, embora estivessem os descendentes impossibilitados de comprová-lo (CC/1916, art. 203).¹⁸ No entanto, a mera posse do estado de casado não servia para unir duas pessoas em matrimônio. Poderia configurar concubinato, relação que, àquela época, não era considerada como família.

Tampouco se consideravam casadas as pessoas unidas sob a bênção de Deus em uma celebração religiosa, como acentuava Washington de Barros Monteiro: “do ponto de vista estritamente legal, o casamento religioso não passava de mero concubinato, que não gerava qualquer direito”.¹⁹

Talvez a única referência positiva feita ao concubinato no Código anterior seja a do artigo 363, I, que permitia aos filhos ilegítimos mover ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, se, ao tempo da concepção, a mãe estava concubinada com o pretendido pai. Além dessa, poder-se-ia invocar o artigo 1.363 do mesmo diploma, para considerar o concubinato como um verdadeiro contrato de sociedade, pelo qual os concubinos mutuamente se obrigavam a combinar seus esforços ou

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6, p. 255-256.

¹⁸ Observava Clóvis Beviláqua: “A Ord. 4, 46, § 2.º, reconhecia o casamento daquelles que estivessem em casa teúda e manteúda, por tanto tempo que, segundo direito, baste para presumir matrimonio entre elles, posto se não provem as palavras de presente. O direito vigente não admite esses casamentos presumidos, senão em favor dos filhos. Todavia, se se provar, por certidão do registro, que um dos pretendidos conjuges era casado com outra pessoa ao tempo, em que se uniu com aquella, que lhe apparece na sociedade, como consorte, já não aproveita aos filhos a posse de estado dos paes, porque o estado de facto, evidentemente, não corresponde ao estado de direito.” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 537).

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 73.

recursos, para lograr fins comuns.

Percebe-se que, embora o Código Civil de 1916 não tenha regulamentado o concubinato, também não o proibiu. Ao contrário, sempre reconheceu sua existência, mesmo que procurando rechaçá-lo em defesa da instituição do casamento.

O artigo 248, inciso IV (com a redação dada pela Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962), permitiu à mulher casada reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina. Embora protegendo o casamento, o dispositivo, numa interpretação *a contrario sensu*, admitiu a possibilidade de doação à concubina de bens próprios, uma vez que só os bens comuns poderiam ser reivindicados pela esposa. Esse mesmo dispositivo fazia referência ao artigo 1.177 do diploma então vigente, o qual estatuiu que a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice podia ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.²⁰

Com o crescente número de pessoas desquitadas pelo sistema do Código Civil de 1916, anteriormente à Lei do Divórcio, e diante da consequente impossibilidade de novas uniões legítimas, a quantidade de pessoas que passavam a viver na informalidade só tendia a aumentar, sendo importante o surgimento de uma legislação extravagante que de algum modo defendesse os direitos resultantes do concubinato. Sendo os preceitos do diploma de 1916 insuficientes para atender aos reclamos da sociedade, foram sendo criadas outras leis visando à proteção da concubina.

Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 7.036, de 10 de novembro de 1944 (Lei de Acidentes do Trabalho) determinou em seu artigo 21, parágrafo único, que a companheira mantida pela vítima, uma vez que houvesse sido declarada como beneficiária, em vida, do acidentado, na carteira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene de manifestação de vontade, teria os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso

²⁰ O Código Civil de 2002 adotou dispositivo semelhante: “Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”. Obviamente, esse preceito legal aplica-se ao concubinato impuro, adulterino, e não à união estável.

este não existisse ou não tivesse direito ao benefício.²¹

A Lei n.º 4.069, de 11 de junho de 1962, em seu artigo 5.º, § 3.º, autorizou o servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viúvo, a destinar a pensão, se não tivesse filhos capazes de receber o benefício, à pessoa que vivia sob sua dependência econômica no mínimo há cinco anos, desde que houvesse subsistido impedimento legal para o casamento.²²

No campo da locação de imóveis, a Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964, em seu artigo 9.º, possibilitou à concubina continuar a locação do imóvel residencial, diante da morte de seu companheiro. Preceito semelhante foi contido no artigo 12, inciso I, da Lei n.º 6.649, de 16 de maio de 1979 e também na Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, em seu artigo 11, que previu expressamente que, morrendo o locatário, ficariam sub-rogados nos seus direitos e obrigações: “I – nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cujus*, desde que residentes no imóvel.” A mesma lei, em seu artigo 12, estabelece atualmente (com a redação dada pela Lei n.º 12.112, de 9 de dezembro de 2009): “Art. 12. Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel”.²³

²¹ Antes mesmo dessa lei e do próprio Código Civil de 1916, o Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, acerca da responsabilidade civil das ferrovias, previu em seu artigo 22 que, no caso de morte, a estrada de ferro responderia por todas as despesas e indenizaria, a arbítrio do juiz, todos aqueles aos quais a morte do viajante privasse de alimento, auxílio ou educação — dispositivo que posteriormente seria estendido à concubina, por meio de entendimento jurisprudencial.

²² Em 1963, a Lei n.º 4.242, de 17 de julho, admitiu em seu artigo 44 que o servidor público civil ou militar, de autarquia ou sociedade de economia mista, que fosse desquitado e não respondesse pelo sustento da esposa, descontasse importância igual na declaração do imposto de renda, se houvesse incluído entre seus beneficiários, pessoa que vivia sob sua exclusiva dependência econômica, no mínimo há cinco anos, desde que houvesse subsistido impedimento legal para o casamento. Em 1965, a Lei n.º 4.862, de 29 de novembro, permitiu, a partir do exercício financeiro de 1966, que o abatimento de encargos de família fosse calculado à razão da metade da importância do limite mínimo de isenção do imposto progressivo para o outro cônjuge, observando-se o disposto no artigo 44 da Lei n.º 4.242/63.

²³ A respeito da alteração do artigo 12 da Lei n.º 8.245/91 pela Lei n.º 12.112/09, já manifestamos o seguinte posicionamento: “Não se nega que a adoção do termo ‘união estável’ seja mais apropriada, pois, além de mais técnica, também elimina a alta carga de preconceito que circunda o concubinato. Entretanto, independentemente da expressão utilizada, é o rompimento do vínculo que une o locatário e aquele que permanece no imóvel, qualquer que seja esse liame, que constitui arrimo para a invocação do direito de continuidade na locação. Sendo assim, a lei deverá alcançar todos os casos em que um dos cônjuges ou companheiros deixa o imóvel, independentemente do tipo de vínculo que os une”. (LIGIERA, Wilson Ricardo; PICHILIANI, Mauricio Carlos. **As Principais novidades nas locações dos imóveis urbanos**. São Paulo: Nelpa, 2010, p. 30-31). Ou seja, mesmo no concubinato impuro, deve-se permitir a continuidade da locação por parte daquele que convivia com o locatário.

A Lei de Registros Públicos, n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, em seu artigo 57, § 2.º (incluído pela Lei n.º 6.216, de 30 de junho de 1975), permitiu à mulher solteira, desquitada ou viúva, que vivesse com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, fosse averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

Posteriormente, a Lei n.º 6.367, de 19 de outubro de 1976, regulamentada pelo Decreto n.º 79.037, de 24 de dezembro de 1976, dispondo sobre seguro de acidentes de trabalho, fortaleceu a situação da companheira, uma vez que concedeu pensão por morte aos dependentes do segurado falecido em consequência de acidente do trabalho.²⁴

Dentre outras leis que concederam direitos à concubina, destacaram-se ainda, no tocante à Previdência Social, a Lei n.º 4.297, de 23 de dezembro de 1963; a Lei n.º 6.194, de 19 de dezembro de 1974; o Decreto n.º 76.022, de 24 de julho de 1975; o Decreto n.º 77.077, de 24 de janeiro de 1976; o Decreto n.º 83.080, de 24 de janeiro de 1979; e o Decreto n.º 89.312, de 23 de janeiro de 1984.

A Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, consolidada em 14 de agosto de 1998, estabeleceu em seu artigo 16, inciso I (com redação dada pela Lei n.º 9.032, de 28 de abril de 1995), como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido.

O mesmo texto está presente no artigo 16, inciso I, do Regulamento da Previdência Social, instituído pelo Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999, que também inclui a companheira e o companheiro como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado. O § 5.º desse mesmo artigo considera companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada. E o § 6.º conceitua a união estável como “aquela configurada na convivência

²⁴ Diante dos inúmeros casos de indenizações à concubina por acidente de trabalho ou em transporte, o Supremo Tribunal Federal chegou a editar a Súmula 35, com o seguinte teor: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.” O Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999, que revogou o Decreto n.º 79.037, atualmente prevê: “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido”.

pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1.º do art. 1.723 do Código Civil, instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002”.²⁵

1.1.3 Construção Doutrinária e Jurisprudencial

Embora a família de fato nasça espontaneamente na sociedade, ela “precisa cercar-se de garantias jurídicas, para que não só o respeito humano, entre seus membros, mas também a responsabilidade possam nortear suas vidas”.²⁶ Na regulamentação dessa convivência, merece destaque o papel pioneiro e decisivo desempenhado por Álvaro Villaça Azevedo que, em 1986, por meio de sua tese (Do concubinato ao casamento de fato), sustentou a criação de normas que regessem o concubinato não adúltero e não incestuoso, conferindo maior proteção à família, de modo geral.

Seguindo essa linha, foi sendo formada, aos poucos, uma forte corrente doutrinária na defesa dos direitos de quem vivia em relação concubinária pura.²⁷ Paralelamente ao desenvolvimento doutrinário e a uma série de leis que favoreciam de algum modo a concubina, a jurisprudência foi confirmando a importância dessa proteção, por meio de uma interpretação que reconhecesse cada vez mais os direitos da família de fato.

Dentre os tímidos avanços que foram ocorrendo com o passar dos anos, dois merecem destaque: o primeiro, consistente na atribuição à companheira de direito a salários, em virtude dos serviços prestados; o segundo, referente à participação no patrimônio adquirido pelo esforço comum, diante da sociedade de fato formada entre os

²⁵ Em sua redação original, esse dispositivo estabelecia: “§ 6.º Considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem.” A propósito, comentava Álvaro Villaça Azevedo: “Embora esse § 6.º refira-se a separados judicialmente, entendo que possam ser incluídos, nesse preceito legal, os separados de fato, que já não têm vínculo de coabitação com seu cônjuge.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p.107). A nova redação, dada pelo Decreto n.º 6.384, de 27 de fevereiro de 2008, refere-se expressamente ao § 1.º do artigo 1.723 do Código Civil, que, em consonância com as preleções de Álvaro Villaça Azevedo, admite a configuração de união estável na hipótese de separação de fato.

²⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit., p. 5.

²⁷ No âmbito doutrinário, Rodrigo da Cunha Pereira revela que “o desenvolvimento e a evolução de um ‘direito concubinário’ no Brasil são muito recentes, apesar de sua existência como fato social marcante, desde a colonização portuguesa”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36).

concubinos. Esse reconhecimento em vários julgados²⁸ resultou na edição da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 3 de abril de 1964, com o seguinte teor: “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.”

Malgrado a jurisprudência reconhecesse a necessidade da prova da formação da sociedade de fato, com efetiva colaboração dos concubinos para a aquisição do patrimônio comum, Álvaro Villaça Azevedo já defendia, muito antes da Constituição Federal de 1988, que, no concubinato puro, bastava a própria convivência para que se admitisse a existência de um condomínio, pois os concubinos não se uniam sob mera sociedade de fato, mas com o intuito de formação de família, que merecia maior proteção do Estado. Destarte, ainda que se admitisse ser indispensável o esforço comum, isso deveria ser entendido “em sentido amplo, pois nem sempre ele resulta de natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, às vezes de muito maior valia”.²⁹

Rodrigo da Cunha Pereira leciona que a velha concepção de “esforço comum” ganhou nova roupagem, subdividindo-se em direto e indireto: “Na hermenêutica constitucional da Súmula 380, no conceito de esforço comum, não há necessidade de que a contribuição de uma das partes tenha sido financeira.”³⁰

Aos poucos, os tribunais foram reconhecendo outros direitos à concubina, admitindo-a, por exemplo, como beneficiária de seguro de vida, mesmo que a instituição deste se lhe fizesse por homem casado, mas separado de fato da esposa, diferenciando companheira e concubina.³¹ Claudia Grieco Tabosa Pessoa relata que o alcance da instituição do seguro de vida em favor do concubino veio a ser ampliado com o Decreto n.º 5.384, de 8 de abril de 1943, cuja regulamentação “consagrou um benefício à concubina e

²⁸ Registrem-se os seguintes precedentes da Súmula 380: RE n.º 19561, DJ de 29 out. 1953; RE n.º 44108, DJ de 4 ago. 1960; RE n.º 26329, DJ de 11 ago. 1961; AI n.º 24430, DJ de 15 jun. 1961; RE n.º 49064, DJ de 18 jan. 1962; RE n.º 52217, DJ de 12 set. 1963; RE n.º 9855, DJ de 28 maio 1948; AI n.º 12991, DJ de 21 ago. 1947.

²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 185. Para Villaça, a Súmula 380 perdeu sua eficácia no tocante ao concubinato puro, sendo aplicável, hoje, ao concubinato impuro, para que se evite locupletamento indevido. (Ibidem, p. 246).

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo código civil**: da união estável, da tutela e da curatela (arts. 1.723 a 1.783). Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX, p. 158.

³¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit., p. 189.

aos filhos desta com o segurado, hoje estendido ao varão”.³²

No âmbito previdenciário, a jurisprudência inclinou-se no sentido de proteger a mulher no concubinato puro, reconhecendo-lhe o direito à pensão deixada por seu companheiro.³³ Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira revela que o direito previdenciário foi um dos ramos “que mais evoluiu e contribui para o estabelecimento de normas sobre o direito concubinário”.³⁴

Ao tratarem da evolução dos direitos dos companheiros, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam que a união estável no Brasil passou por quatro fases marcantes: rejeição (ausência de tutela), tolerância (tutela de natureza previdenciária), aceitação como fato social (tutela de natureza obrigacional) e valorização (prestígio constitucional).³⁵

Em suma, percebe-se que, antes da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência foi pouco a pouco confirmando alguns direitos previstos em lei, bem como regulamentando outras situações extralegais, a fim de não deixar em desamparo a família de fato. Não obstante essa proteção conferida pelos tribunais, permanecia a insegurança resultante da inexistência de uma legislação específica, que cuidasse por completo da matéria.

1.1.4 União Estável na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, reconheceu expressamente o antigo concubinato puro, não adulterino nem incestuoso, como forma de entidade familiar. Houve por bem o legislador constituinte, contudo, substituir o termo “concubinato” pela expressão “união estável”, talvez para “inaugurar

³² PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 190.

³³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 190.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 119. O autor diz que isso talvez tenha ocorrido “porque no plano da Previdência Social o conceito de assistência ou de previdência seja mais um conceito econômico que propriamente jurídico, porque representa *quaestio facti*, e não *quaestio juris*”. (Ibidem, loc. cit.).

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI, p. 407-414.

nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato”³⁶, evitando-se qualquer designação que pudesse estar impregnada de preconceito social.³⁷

No artigo 226, *caput*, estabeleceu a Constituição: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Nada mais precisaria ter dito, podendo deixar ao legislador ordinário a tarefa de especificar as maneiras de formação de família. Contudo, foi mais além, preferindo mencionar expressamente as modalidades familiares, começando por dedicar o § 1.º ao modo de organização da primeira espécie: “§ 1.º – O casamento é civil e gratuita a celebração.” Com isso, a Constituição deixou claro que nosso ordenamento jurídico só reconheceria o casamento civil. Quanto ao casamento religioso, dispôs no parágrafo seguinte: “§ 2.º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.” Evidenciou, assim, que o casamento religioso, por si mesmo, não é casamento. Permitiu que fossem atribuídos efeitos à celebração religiosa, desde que cumpridos os requisitos legais, transformando, nesse momento, o casamento religioso em casamento civil.

Na sequência, o § 3.º do artigo 226 deu finalmente atenção à entidade familiar fora do matrimônio, dispondo, *in verbis*: “§ 3.º – 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”.

É no mínimo curioso perceber que, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, a Constituição declara expressamente que faz isso para “efeito de proteção do Estado” e acrescenta que a lei deve “facilitar sua conversão em casamento”. Analisando o texto constitucional, Antonio Jorge Pereira Júnior³⁸ deduz que “o casamento é causa final e exemplar da união estável”, ao explicar: “A extensão da proteção do Estado à união estável se deve ao reconhecimento de sua similitude — e não identificação, como alguns pretendem — ao matrimônio.” E continua: “Tanto não há identidade que a própria Carta Constitucional determinou que a lei facilitasse seu encaminhamento à forma juridicamente

³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 240.

³⁷ Com a Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça, refletindo as transformações vividas pela sociedade, distinguiu claramente concubina de companheira, admitindo, *verbi gratia*, que esta fosse nomeada como legatária. (REsp. 196/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/1989, DJ 18/09/1989, p. 14664).

³⁸ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Comentários ao art. 226. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.380-2.381.

mais perfeita, ou seja, o casamento.” Nesse sentido, já se manifestara Miguel Reale³⁹, tratando da união estável como “primeiro passo para o casamento”.

Realmente, se ambas as modalidades de formação familiar fossem idênticas, não haveria por que converter a união estável em casamento. Por outro lado, nem sempre a união estável será efetivamente transformada em matrimônio e, mesmo assim, continuará a receber a proteção do Estado como entidade familiar que é.

1.1.5 Lei n.º 8.971/1994

A Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Não regulamentou inteiramente a união estável, nem cumpriu o mandamento presente no artigo 226, § 3.º, *in fine*, da Constituição Federal, de que a lei deveria criar mecanismos de conversão da união estável em casamento. Não constitui, pois, verdadeiro Estatuto dos Concubinos.

Essa lei estabeleceu inicialmente alguns dos elementos conceituais da união estável, ao se referir, em seu artigo 1.º, à “companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole”. Dois, portanto, foram os requisitos básicos caracterizadores da união estável presentes na lei: a) convivência entre homem e mulher desimpedidos de constituir família (por serem solteiros, viúvos, divorciados ou, pelo menos, separados judicialmente); e b) coabitação por mais de cinco anos ou existência de filho comum.⁴⁰

Atendidos esses pressupostos, estaria configurada a união estável. Entretanto, para que a companheira tivesse direito de valer-se do disposto na Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968 (vale dizer, direito a alimentos), ela teria ainda de cumprir dois requisitos adicionais previstos na parte final do artigo 1.º da Lei n.º 8.971/94: provar a necessidade e não constituir nova união. Portanto, cessada a necessidade, ou constituída nova família,

³⁹ REALE, Miguel. As Entidades familiares. In: _____. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Cap. 13, p. 72.

⁴⁰ Obviamente, esses dois requisitos poderiam ser subdivididos, configurando outros elementos. Poderíamos alistar, assim, quatro requisitos cumulativos: a) convivência ou vida em comum; b) diversidade de sexos; c) inexistência de impedimento matrimonial ou, ao menos, ocorrência de separação judicial; d) prazo de convivência de cinco anos ou, alternativamente, existência de filho comum do casal.

não mais haveria o direito de alimentos. Registre-se, por fim, que o parágrafo único do mesmo dispositivo concedia igual direito, e nas mesmas condições, ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Antes dessa lei, a jurisprudência vinha negando alimentos aos conviventes, salvo se fossem por eles contratados. Nesse sentido, embora entendendo que a matéria pertença ao direito de família, Álvaro Villaça Azevedo já se manifestara contrário ao direito alimentar entre os conviventes, exceto quando expressamente contratados.⁴¹ Também entendeu ser injusto que o convivente culpado pela rescisão do contrato concubinário pudesse pleitear alimentos do inocente, malgrado a lei não ter afastado essa hipótese.⁴²

Conforme será considerado no próximo tópico, o artigo 1.º da Lei n.º 8.971/94 foi parcialmente revogado pelo artigo 7.º da Lei n.º 9.278/96, tendo tido uma curta vigência, de 30 de dezembro de 1994 a 12 de maio de 1996.

Em seu artigo 2.º, a Lei n.º 8.971/94 cuidou do direito sucessório dos companheiros, nos seguintes termos:

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

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

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

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

Obviamente, a Lei n.º 8.971/94 não retroagiu para atingir sucessões abertas antes de sua vigência, não podendo ser aplicada, portanto, em benefício daqueles cujos companheiros morreram anteriormente.

Além de atribuir ao companheiro direito à herança, a Lei n.º 8.971/94 também lhe concedeu direito à meação: “Art. 3.º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

⁴¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 295-296.

⁴² Ibidem, p. 302.

Mesmo havendo descendentes ou ascendentes, o companheiro teria direito à metade do patrimônio adquirido durante a convivência, desde que resultante de atividade em que houvesse sua colaboração. O dispositivo fez surgir, contudo, uma dúvida: teria de ser provado o esforço comum, ou este seria presumido? Para Álvaro Villaça Azevedo⁴³, essa ajuda seria presumida, debaixo do entendimento de que estaria revogada a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, ou, mesmo que não reconhecida sua revogação, diante da admissão da contribuição indireta, sem caráter econômico.⁴⁴

A Lei n.º 8.971/94 chegou a ser apontada como inconstitucional, por ter conferido ao companheiro sobrevivente mais direitos do que o cônjuge possuía. Alegou-se que, ao fazer isso, a lei estimularia a continuidade da união estável, quando, ao contrário, deveria

⁴³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 310.

⁴⁴ Neste último sentido, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “DIREITO CIVIL. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO INDIRETA DA EX-COMPANHEIRA NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO DURANTE A VIDA EM COMUM. PARTILHA PROPORCIONAL. CABIMENTO. PRÁTICA QUE NÃO AFEIÇO A NOVA REALIDADE CONSTITUCIONAL. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE ACOLHIDO, PREJUDICADO O DO RÉU. I – CONSTATADA A CONTRIBUIÇÃO INDIRETA DA EX-COMPANHEIRA NA CONSTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO AMEALHADO DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA “MORE UXORIO”, CONTRIBUIÇÃO CONSISTENTE NA REALIZAÇÃO DAS TAREFAS NECESSÁRIAS AO REGULAR GERENCIAMENTO DA CASA, AÍ INCLUÍDA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS, ADMISSÍVEL O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO E DO CONSEQUENTE DIREITO A PARTILHA PROPORCIONAL. II - VERIFICANDO QUE HAJA SIDO SIGNIFICATIVA PARA A FORMAÇÃO DE TAL PATRIMÔNIO A DIMINUIÇÃO DE DESPESAS (ECONOMIA) PROPORCIONADA PELA EXECUÇÃO DAS ATIVIDADES DE CUNHO DOMÉSTICO PELA EX-COMPANHEIRA, HÁ QUE SE RECONHECER PATENTEADO O ‘ESFORÇO COMUM’ A QUE ALUDE O ENUNCIADO n.º 380 DA SÚMULA/STF.” (REsp 38.657/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/1994, DJ 25/04/1994, p. 9260). E ainda: “DIREITO CIVIL. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO INDIRETA DA EX-COMPANHEIRA NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO DURANTE A VIDA EM COMUM. PARTILHA PROPORCIONAL. CABIMENTO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. CRITÉRIOS. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. RESSALVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência ‘more uxorio’, contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e consequente direito à partilha proporcional. II – Verificando-se que haja diminuição de despesas (economia) proporcionada pela execução das atividades de cunho doméstico pela ex-companheira, há que se reconhecer patenteado o ‘esforço comum’ a que alude o enunciado nº 380 da Súmula/STF. III – Salvo casos especiais, a exemplo de inexistência de patrimônio a partilhar, a concessão de uma indenização por serviços domésticos prestados, prática de longa data consagrada pela jurisprudência, não se afeiçoa à nova realidade constitucional, que reconhece ‘a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar’ (art. 226, § 3º, da Constituição). IV – O arbitramento da parcela devida à companheira pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com objetivo de evitar inconvenientes e atraso na solução jurisdicional. V – Na fixação do percentual, que necessariamente não implica meaço no seu sentido estrito (50%), recomendável que o seu arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao tempo de duração da sociedade, à idade das partes e à contribuição indireta prestada pela concubina, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.” (REsp 183.718/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/10/1998, DJ 18/12/1998, p. 367).

facilitar a sua conversão em casamento.

Na realidade, essa lei apenas procurou tornar mais justa a situação daqueles que viviam em união estável, evitando lesões a direitos dos companheiros, que vinham sendo praticadas. Ela não prestigiou a família de fato em detrimento da família matrimonial. Em virtude das diferenças existentes entre os dois institutos, pode o legislador utilizar critérios diferenciados e atribuir aos conviventes e aos cônjuges direitos diversos, sem que isso seja necessariamente inconstitucional.⁴⁵

Alguns autores sustentaram que, para que não ocorresse a inconstitucionalidade, os privilégios concedidos aos conviventes teriam de ser estendidos aos cônjuges. Trata-se, por óbvio, de posicionamento respeitável. Mas não nos parece que isso sempre deva ocorrer. Os modelos familiares são diferentes. Quem quiser se casar, não deixará de fazê-lo pelo fato de que na união estável são reconhecidos certos direitos que no casamento não são. Há muito mais envolvido. Compete a cada casal sopesar todos os fatores e decidir qual forma de família é mais adequada à sua situação.

Talvez, pelo fato de os cônjuges já receberem bastante proteção legal, os companheiros precisem de certas garantias ou direitos diversos. Não nos parece que esteja o legislador obrigado a tratar de modo absolutamente idêntico os dois institutos, muito menos que deva sempre atribuir maiores direitos aos casados. Trata-se, tão somente, de regulamentar a união estável, como espécie familiar única que é, paralelamente ao casamento. Não há, nesse propósito, desrespeito ao ordenamento constitucional.

No que se refere ao entendimento de que o companheiro teria sido elevado à categoria de herdeiro necessário pela Lei n.º 8.971/94, pelo fato de que, nos três incisos, o

⁴⁵ Acerca da constitucionalidade da lei, sustentou Álvaro Villaça Azevedo: “É certo que diz o texto constitucional que a lei deve facilitar sua conversão em casamento. Realmente, pois **facilitar** não é obrigar. O povo não pode ser constrangido a casar-se perante o Registro Civil [...] A lei não prestigia nem estimula esta ou aquela forma de constituição de família, pois tal situação nasce de modo espontâneo na sociedade. [...] Se a Constituição de 1988, por seus ilustres e doutos constituintes, abriu sua sensibilidade ao que realmente vem acontecendo na sociedade brasileira, reconheceu a realidade da união estável, como forma de constituição de família, a necessitar de segura regulamentação, para que, no âmbito da liberdade e da família, não se cometam mais os abusos do passado, em nome do amor e de outros puros sentimentos. [...] Também pelos argumentos expendidos no item anterior, a lei é perfeitamente constitucional. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, pelo Parecer n.º 228, de 1992, já referido, pelas amplas razões aí expostas, reconheceu o Projeto, de que se originou a lei sob análise, ‘sem dúvida alguma, constitucional e jurídico’. Como dito, o preceito maior foi proteger a família, ‘base da sociedade’, não o casamento civil, como nas Constituições anteriores. Essa proteção faz-se a todas as formas de constituição de família, inclusive a de fato, que mais necessita de regulamentação, para que se evitem abusos.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 290-291).

legislador utilizou a expressão “terá direito” — terminologia imperativa —, não nos parece que esta seja a razão principal da condição de legitimários.

Embora a linguagem utilizada pelo legislador dê realmente a impressão de que o companheiro não poderia ser afastado da sucessão pela vontade do falecido, sua qualidade de herdeiro necessário decorre primordialmente da sua concorrência com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, conforme será considerado no decorrer deste estudo. Em relação ao cônjuge, essa posição já lhe havia sido concedida pela Lei n.º 4.121/62, o chamado Estatuto da Mulher Casada, como também será analisado adiante. Seja como for, é interessante notar que já se defendia na doutrina a qualidade legitimária do companheiro.⁴⁶

1.1.6 Lei n.º 9.278/1996

A Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentou o § 3.º do artigo 226 da Constituição Federal, criando verdadeiro Estatuto da União Estável. Em seu artigo 1.º, reconheceu “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Diferentemente da lei anterior (Lei n.º 8.971/94), ela não exigiu o requisito temporal, dispensando, para a configuração da união estável, o prazo de convivência de cinco anos ou, alternativamente, a existência de filho comum do casal.⁴⁷ Ordenou apenas que a convivência fosse “duradoura” e “contínua”, sem lapso temporal pré-definido, permitindo uma análise, caso a caso.

⁴⁶ De acordo com Luiz Edson Fachin, a situação do companheiro restou muito favorecida, se tomada comparativamente à situação do cônjuge, pois, “enquanto este (na exegese estrita do Código Civil, artigo 1.603 combinado com os artigos 1.721 e 1.725) se enquadraria como herdeiro facultativo, podendo ser privado da herança por disposição e vontade do *de cujus*, o companheiro herda (‘terá direito’, diz o inciso III do artigo 2.º) sem essa possibilidade de afastamento”. Diante disso, propôs: “A parificação de estatutos seria como caminho razoável a percorrer, com a revogação tácita do artigo 1.725, no tocante ao cônjuge. E, se assim for, os companheiros submeter-se-iam ao regime da indignidade hereditária.” (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 83).

⁴⁷ Álvaro Villaça Azevedo, que em seu primitivo esboço de anteprojeto admitia a imposição do prazo de cinco anos, mudou posteriormente de entendimento, considerando mais razoável a inexistência de requisito temporal. O fundamental seria “o intuito de constituição de família, pois há casais que vivem como marido e mulher desde o primeiro dia de sua união e outros que vivem em verdadeiro companheirismo, por muito mais de cinco anos, com convivência sem qualquer aspecto de família”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 337).

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, “o que interessa sobre o tempo *in casu* é que ele caracterize a estabilidade da relação”⁴⁸. Para isso, não pode haver um prazo definido. A união pode vir a se consolidar como família dentro de poucos anos, ou de muito tempo num relacionamento. Assim, fez bem a lei em suprimir o quinquênio.

Por contínua, deve-se entender que a união seja ininterrupta. Um relacionamento estável pressupõe a continuidade da convivência. Ao discorrer acerca dessa exigência, também prevista no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, Carlos Roberto Gonçalves⁴⁹ explicita que, diferentemente do casamento, no qual o vínculo conjugal é fortemente documentado, a união estável constitui um fato jurídico, exteriorizado por meio de uma conduta ou comportamento. Sua solidez é atestada, portanto, pelo caráter contínuo do relacionamento. A instabilidade ocasionada por constantes rupturas descaracterizaria a entidade familiar.

A exemplo da Lei n.º 8.971/94, o artigo 1.º da lei ora considerada também impôs a necessidade de diversidade de sexos para a configuração da entidade familiar. Seguindo o modelo matrimonial de família, não se poderia admitir uma união homossexual, pelo menos àquela época da edição da lei.

Embora o artigo em questão não tenha feito expressa alusão à necessidade de que entre os conviventes não houvesse impedimento matrimonial decorrente de vínculo anterior, é óbvio que esse pressuposto está implicitamente presente. Afinal, é requisito da união estável que a convivência se dê com o objetivo de constituir família, afastando-se, assim, qualquer dúvida que pudesse existir quanto à seriedade do relacionamento. Logo, a lei não admite convivência adulterina, rechaçando, ainda que indiretamente, o concubinato impuro.

A lei ainda exige que a convivência seja pública. Isso não significa que a união teria de ser comunicada solenemente à sociedade, tampouco que dependeria de algum registro público. Deveria, apenas, ser conhecida do meio social em que o casal vivesse, incluindo vizinhos, parentes e amigos. A união estável não se caracterizaria se os conviventes escondessem sua vida em comum, ocultando das pessoas que os cercam a existência da relação familiar.

⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 54.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, p. 621.

No artigo 2.º, a Lei n.º 9.278/96 estabeleceu os direitos e deveres dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos; II – assistência moral e material recíprocas; III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Como se nota, a lei não incluiu entre os deveres mencionados a fidelidade. Não significa, com isso, que os conviventes⁵⁰ possam ser infiéis. Isso afrontaria o dever de respeito e consideração recíprocos, presente na lei. Como explica Álvaro Villaça Azevedo⁵¹, o termo “fidelidade” sempre foi próprio da relação conjugal, visto que sua violação caracteriza o adultério. Entre os conviventes de união estável, não existe propriamente o adultério (quebra do dever de fidelidade), mas conduta desleal, que viola o dever de respeito e consideração.

No que diz respeito à assistência moral, implica ela o dever de solidariedade, que os conviventes devem exercer em todos os momentos da vida; já a assistência material envolve o suporte patrimonial e os alimentos.⁵²

Quanto ao dever de guarda, sustento e educação dos filhos comuns, é muito mais um dever dos pais do que propriamente dos conviventes. Independentemente de sua relação, os deveres para com os filhos perduram durante todo o tempo em que estes forem menores e incapazes.

No artigo 5.º, *caput*, determinou a lei que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, no curso da união estável e a título oneroso, seriam “considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos,

⁵⁰ Diversamente da Lei n.º 8.971/94, a lei ora considerada não utilizou a expressão “companheiros”, preferindo se referir a eles como “conviventes”. Ambas as expressões, porém, devem ser entendidas no mesmo sentido. Referem-se aos antigos concubinos, que viviam em concubinato puro, não adúltero e não incestuoso. Procedente, de qualquer modo, a crítica de Euclides de Oliveira: “De flagrante impropriedade técnica a adoção do termo ‘convivente’, para designar o partícipe da união estável, quando seria melhor manter o nome ‘companheiro’, adotado na Lei 8.971 e em diversos outros diplomas legais, além de sua consagração na própria Constituição Federal de 1988 (art. 201, inc. V).” (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável**: do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 96-97).

⁵¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 292.

⁵² Ibidem, p. 314.

em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.⁵³

Trata-se de importante reconhecimento de que o patrimônio adquirido onerosamente na constância da convivência constitui patrimônio comum, resultante do esforço de ambos, não apenas de caráter econômico, mas também de natureza pessoal, imaterial.

O dispositivo se referiu expressamente à aquisição a título oneroso, enquanto o artigo 3.º da lei anterior se reportava à colaboração na atividade. Afastou-se, outrossim, qualquer dúvida que porventura pudesse existir acerca da desnecessidade da colaboração material de ambos os conviventes na aquisição do patrimônio. Pelo texto de 1996, restou claro que, independentemente da colaboração pecuniária, todos os bens adquiridos onerosamente presumir-se-iam do casal, em condomínio, salvo se estipulado algo diverso, por escrito, na própria escritura pública ou no instrumento particular de compra e venda, por exemplo.

O § 1.º trouxe uma ressalva: afastou a presunção do *caput* nos casos de aquisição patrimonial com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união, em sub-rogação real. Percebe-se, assim, que a presunção do artigo 5.º não é absoluta, mas *iuris tantum*.

Em complemento, o § 2.º estabeleceu que a administração do patrimônio comum dos conviventes competiria a ambos, ressaltando também a possibilidade de estipulação contrária em contrato escrito.

O artigo 7.º tratou da prestação de assistência material, de caráter alimentar, em caso de rescisão contratual. Consta do *caput* do artigo: “Art. 7.º 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.” O dispositivo complementa o inciso II do artigo 2.º da mesma lei, que prevê a reciprocidade dos alimentos entre os conviventes enquanto durar a relação. Com a dissolução da união estável, duas seriam as situações

⁵³ Um ano e meio antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, Álvaro Villaça Azevedo já defendia a necessidade de admitir-se a presunção de condomínio dos bens adquiridos onerosamente na constância do concubinato puro pelo esforço dos concubinos, quer esse esforço fosse de caráter econômico (material), quer pessoal (imaterial, espiritual). Com a edição da Lei n.º 9.278, que instituiu o Estatuto dos Concubinos, malgrado os vetos presidenciais (dos arts. 3.º, 4.º e 6.º), aquela posição doutrinária ficou consolidada, transformando-se em realidade legislativa. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 252).

relativas a alimentos: na hipótese de separação amigável, valeria o que ficasse acordado entre eles; no caso de separação culposa, haveria a rescisão do contrato de convivência, só sendo devidos alimentos pelo companheiro culpado ao inocente, se este deles necessitasse.⁵⁴

A lei não se referiu à culpa ao tratar dos alimentos, deixando de explicitar que os alimentos seriam devidos pelo companheiro responsável pela dissolução da vida em comum, ao outro, inocente. Esse devia ser, porém, o entendimento, até por analogia ao artigo 19 da Lei do Divórcio, então vigente.⁵⁵

O parágrafo único do artigo 7.º, por seu turno, preceitua: “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”.

Cuida a lei do direito real de habitação, consistente na utilização gratuita do imóvel destinado à residência da família, que se dá independentemente do direito de participação do convivente na sucessão do falecido. Só é concedido, porém, enquanto o titular não constituir nova família.

Em atenção ao comando constitucional, contido na parte final do § 3.º do artigo 226, o artigo 8.º assim dispôs: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

Ao fazer o requerimento, os conviventes teriam certamente que se submeter ao processo de habilitação para o casamento, para a verificação do preenchimento dos pressupostos matrimoniais.

Por fim, o artigo 9.º exterminou qualquer dúvida que ainda pudesse existir no tocante ao juízo competente para julgar matéria relativa à união estável, ao dispor: “Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça”.

Questão que ainda restava ser respondida dizia respeito à revogação da Lei n.º

⁵⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaca. **Estatuto da família de fato**, p. 324.

⁵⁵ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável**: do concubinato ao casamento, p. 97.

8.971/94 pela Lei n.º 9.278/96. A simples leitura desses diplomas revela que houve uma revogação parcial, embora Euclides de Oliveira assinala que a proposta original que inspirou o projeto era a de regulamentar inteiramente a matéria.⁵⁶

Primeiramente, percebe-se que o artigo 1.º da Lei n.º 9.278/96 afastou a necessidade do quinquênio ou a existência de prole para a configuração da união estável, exigência que durou muito pouco na legislação brasileira, não alcançando um ano e meio de vigência.⁵⁷

No tocante ao direito a alimentos, pela lei anterior, com a dissolução da união estável, o companheiro que provasse necessidade poderia pedir alimentos ao outro. A lei mais recente criou o dever de assistência material recíproca, determinando, ainda, que dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material seria prestada por um dos conviventes ao que dela necessitasse, a título de alimentos.

No campo do direito sucessório, a lei nova não revogou o disposto no artigo 2.º da lei anterior, referente ao direito de usufruto e herança. Apenas acrescentou o direito real de habitação. Assim, a partir da vigência da Lei n.º 9.278/96, pôde o companheiro exercer esse direito, desde que, é claro, não tivesse o direito de usufruto ou a propriedade sobre o imóvel destinado à residência da família.

A Lei n.º 9.278/96 pode não estar isenta de críticas, mas não se nega sua constitucionalidade e grande utilidade prática na proteção dos direitos dos companheiros. Aguardava-se apenas, com a criação de um novo Código Civil, que este confirmasse — ou ampliasse — tais direitos.⁵⁸

⁵⁶ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável**: do concubinato ao casamento. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003, p. 98.

⁵⁷ A Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, começou a vigorar no dia da sua publicação, em 30 de dezembro de 1994. A Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996, também entrou em vigor na data da sua publicação, em 13 de maio de 1996. Portanto, percebe-se que a Lei n.º 8.971/94 teve vigência sozinha de 30 de dezembro de 1994 a 12 de maio de 1996, ou seja, exatamente quinhentos dias (menos de um ano e cinco meses).

⁵⁸ Em 26 de dezembro de 1996, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 2.686/96, do Poder Executivo, que visava regulamentar o § 3.º do art. 226 da Constituição e dispor sobre o Estatuto da União Estável. Posteriormente, a ele foi apensado o Projeto de Lei n.º 3.311, de 1997, de autoria do Deputado Jofran Frejat. Entretanto, com a entrada e vigor do novo Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ambos os projetos foram rejeitados, nos termos do voto do relator, Deputado Francisco Gonçalves, debaixo do entendimento de que o novo Código disciplinou a união estável de forma adequada e eficaz.

1.2 REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O atual Código Civil brasileiro, Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, provém do Anteprojeto⁵⁹ de Código Civil supervisionado por Miguel Reale, de 1972, que se converteu no Projeto de Lei n.º 634, de 1975, do Poder Executivo, cuja redação, após emendas, foi aprovada pela Câmara dos Deputados, em 1984, sob o n.º 634-B. No Senado, recebeu o n.º 118/84.

O texto do Anteprojeto cuidava das relações patrimoniais entre os concubinos nos artigos 1.989 e 1.990. O primeiro desses dispositivos previa que, após cinco anos de vida em comum, como se fossem marido e mulher, presumir-se-ia serem de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurassem em nome de um só deles. O segundo dispositivo mencionado, por seu turno, referia-se ao concubinato, sendo um ou ambos os concubinos casados, sem, contudo, proteger o concubinato adulterino, visto que exigia o desquite (posterior separação judicial) ou, pelo menos, a separação de fato, há mais de cinco anos. A parte final do artigo 1.990 criava a possibilidade de um desquite automático, conferindo ao separado de fato, por mais de cinco anos, o mesmo direito do desquitado por igual período, ou seja, de partilhar os bens em razão dessa associação de fato. Tais dispositivos, todavia, foram suprimidos do Projeto de Lei n.º 634, de 1975.⁶⁰

O Projeto de Lei n.º 634-B, aprovado pela Câmara dos Deputados e que recebeu no Senado o n.º 118/84, não contemplou diretamente a matéria, apenas contendo dispositivos que se referiam ao concubinato geralmente de modo negativo, com o claro intuito de proteger o casamento.⁶¹

Nesse diapasão, o artigo 1.670, inciso V, do Projeto 634-B previa que, qualquer que fosse o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher poderiam livremente reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino

⁵⁹ A Comissão Elaboradora e Revisora do Anteprojeto, criada em 1969, foi presidida por Miguel Reale e composta pelos seguintes professores, encarregados da elaboração dos respectivos livros (indicados entre parênteses): José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clovis de Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).

⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 181.

⁶¹ Como exceção a esse tratamento hostil, ao cuidar do seguro de pessoa, o Projeto previa: “Art. 793. É válida a instituição do concubino como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato do seu cônjuge há mais de cinco anos”.

ou à concubina, cabendo-lhe provar que os bens não haviam sido adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estivesse separado de fato por mais de cinco anos.⁶²

O artigo 1.736 estipulava que ao cônjuge separado judicialmente não caberiam alimentos, enquanto vivesse em concubinato, ou tivesse procedimento indigno. Em complemento, o artigo 1.737 previa que o casamento ou o concubinato do credor da pensão alimentícia determinaria a sua extinção.⁶³

Prescrevia o artigo 1.824, inciso III, que não poderia ser nomeado herdeiro nem legatário o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estivesse separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.⁶⁴

Visando à proteção dos filhos, o artigo 1.630, inciso I, conferia aos filhos ilegítimos ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, se ao tempo da concepção a mãe estivesse concubinada com o pretendido pai.⁶⁵ E o artigo 1.826 previa ser lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o fosse do testador.⁶⁶

Conforme relata Álvaro Villaça Azevedo, a atitude do pré-legislador de 1975, de não regulamentar logo a união estável — evidenciada nas palavras de Miguel Reale, de

⁶² O dispositivo foi assim aprovado na redação final do Código Civil: “Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: [...] V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos”.

⁶³ Esses dispositivos foram reunidos por meio da Emenda n.º 333, do Senado, resultando no seguinte artigo, no texto consolidado pelo Senado Federal: “Art. 1.720. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar pensão alimentícia. Parágrafo único. Com relação ao cônjuge credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno.” Na redação final do Código Civil, o texto restou assim redigido: “Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”.

⁶⁴ O dispositivo recebeu a seguinte redação final no Código Civil: “Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: [...] III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”. Esse preceito, todavia, tem sido criticado, principalmente por ter mantido o prazo de cinco anos, que nenhuma pertinência tem atualmente.

⁶⁵ O artigo 1.630 do Projeto de Lei 634-B reproduzia, parcialmente, o texto do diploma de 1916: “Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai”. Esse dispositivo não foi aprovado na redação final do Código de 2002. Atualmente, a ação de investigação de paternidade pode ser ajuizada, sem restrição, por qualquer filho havido fora do casamento.

⁶⁶ O artigo 1.826 do Projeto de Lei 634-B foi aprovado com a mesma redação: “Art. 1.803. É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador”. O preceito reproduz a Súmula n.º 447 do Supremo Tribunal Federal: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.” Na época em que foi editada, em 1964, a súmula tinha razão de existir, pois ainda não havia o tratamento isonômico dos filhos imposto pela Constituição Federal de 1988. Atualmente, não há mais motivo para a manutenção dessa regra, visto que é óbvio que qualquer filho do testador possa ser beneficiado, independentemente de sua origem.

que os dispositivos contidos no Anteprojeto de 1972 que a ela se referiam foram excluídos a fim de que pudessem ser considerados outros aspectos da questão —, embora demonstre que a matéria já merecia uma regulamentação sistemática, também revelam uma cômoda posição do legislador para não enfrentar o problema. Com isso, “a redação final do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, de 1984, no Senado, só ocorreu em 1997, com lamentável retrocesso, cuidando da matéria em seus artigos 1.735 a 1.739”.⁶⁷

A inclusão do Título III – Da União Estável, ao Livro IV – Do Direito de Família, compreendendo cinco artigos, foi resultado da emenda do então Relator-Geral Josaphat Marinho, na tramitação do Projeto n.º 118, no Senado Federal, tendo sua redação final aprovada em 1997. Entretanto, essa medida não solucionou todos os problemas existentes, não preencheu todas as lacunas que havia, nem resultou na plena adaptação dos demais dispositivos do Código Civil à Constituição Federal de 1988.

Passados muitos anos, a demora e o descuido do legislador evidenciam-se no Parecer Final às Emendas do Senado Federal, feitas ao Projeto de Lei n.º 118, quando o Relator-Geral, Deputado Ricardo Fiuza, destacou que as desatualizações eram tantas, e tamanhas foram as críticas no tocante a dispositivos inconstitucionais e a artigos que eram mais atrasados do que a própria legislação extravagante em vigor (dispositivos esses que, a princípio, não poderiam mais ser alterados, uma vez que não haviam sido objeto de emendas do Senado), que o Congresso Nacional teve de aprovar modificação no seu regimento interno, a permitir as imprescindíveis alterações (Resolução n.º 01/2000, de 31 de janeiro de 2000 – CN).

Depreende-se dessa fase final de aprovação do Código Civil de 2002 que muitos dos dispositivos que viriam a tratar da união estável foram criados ou modificados de última hora, de maneira apressada e talvez sem o cuidado legislativo necessário a uma lei de tamanha magnitude.

No texto aprovado pelo Senado, os dispositivos que regulavam a união estável estavam assim redigidos:

⁶⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 182. Relembra Álvaro Villaça Azevedo: “Como resta evidente, ingressando esse Projeto no Senado Federal, em 1984, só quatro anos depois seria editada a atual Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Diga-se, desde já, que a Constituição Federal antecipou, em muitos aspectos, matéria tratada no Projeto. Alguns desses institutos mereciam tratamento legislativo adequado, principalmente na área do Direito de Família, como [...] o reconhecimento da união estável como forma de constituição de família”. (Op. cit., p. 351).

Art. 1.735 – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos.

Parágrafo 1º – O prazo previsto neste artigo poderá ser reduzido para três anos, quando houver filho comum.

Parágrafo 2º – A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos e as causas suspensivas constantes dos arts. 1.519 e 1.520.

Art. 1.736 – As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.737 – Na união estável, salvo convenção válida entre companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.738 – A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.739 – As relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

No artigo 1.735, retomara-se o requisito de duração da convivência por cinco anos (embora se reduzindo o prazo para três anos, diante da existência de filho comum), presente na Lei n.º 8.971/94 e abandonado na Lei n.º 9.278/96. Nota-se, ademais, que o Projeto não permitiu a caracterização da união estável diante da ocorrência de impedimentos matrimoniais ou causas suspensivas. Como se percebe, as falhas eram evidentes.

O novo texto proposto pela Câmara dos Deputados para o artigo 1.735, mantidos os demais artigos, foi o seguinte:

Art. 1.735 – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Parágrafo 1º – A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.520; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato.

Parágrafo 2º – As causas suspensivas do art. 1.522 não impedirão a caracterização da união estável, na forma do seu parágrafo único.

Parágrafo 3º – Poderá ser reconhecida a união estável diante dos efeitos do art. 1.581.

Com a nova redação, admitiu-se o reconhecimento da união estável independentemente de prazo, bastando que a convivência fosse duradoura e constituída com o objetivo de constituição de família. Afinal, não existe prazo para que se efetivem os

laços familiares, tampouco necessita a família de filhos para existir.⁶⁸ Ao mesmo tempo, permitiu-se a configuração da entidade familiar, excepcionalmente, diante da presença de um impedimento matrimonial (qual seja, o vínculo conjugal), bastando que a pessoa se encontrasse separada de fato. Entendeu-se certamente que, com a separação de fato definitiva, apresentava-se finda a família matrimonial, não havendo motivos para se obstaculizar a formação de nova entidade familiar, porquanto esta não seria mais adulterina.⁶⁹ Afastaram-se, também, as restrições decorrentes de causas suspensivas, que nenhuma pertinência tinham para impedir a caracterização da união estável.

Em seu Parecer, o Deputado Ricardo Fiuza salientou que a disciplina da união estável “tem inegável natureza tutelar, e representa o reconhecimento legal de um fato consuetudinário que se aproxima do modelo matrimonial”. Segundo o relator, seria como se a união estável fosse tomada como um caminho para o matrimônio (uma vez que o art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, ordenou que a lei facilitasse sua conversão em casamento), muito embora já constituísse por si mesma, nos termos da regra constitucional, uma entidade familiar. De qualquer modo, “a natureza modelar do casamento, sua irrecusável preeminência, reflete-se no Projeto”.⁷⁰

Partindo desses pressupostos, a Câmara dos Deputados também apresentou proposta de alteração do dispositivo que trataria da sucessão do companheiro.⁷¹ No texto original, aprovado pelo Senado, permitia-se ao companheiro participar da herança relativamente a todos os bens do falecido, quer adquiridos no curso da convivência, quer anteriormente à sua união:

Art. 1.802 Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

⁶⁸ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 357.

⁶⁹ Consta da justificativa à Emenda da Câmara: “A dicção constitucional legitimou uma prática social aceitável, qual a da existência de uniões livres, de duração compatível com a estabilidade das relações afetivas, diferenciadas daquelas oriundas de comportamento adulterino que com elas não guardam a mesma identidade jurídica, no plano doutrinário do direito de família, posto que formadas, essas últimas, por quem mantém relação de casamento com outrem, íntegra na realidade existencial de continuarem juntos. [...] É que inúmeras pessoas, mesmo impedidas de casar (face não estarem divorciadas) encontram-se em união estável com outrem, porquanto separadas de fato ou judicialmente de há muito do seu cônjuge, constituindo nova família por relações sócio-afetivas consolidadas”. (FIUZA, Ricardo. **Parecer final às emendas do Senado Federal, feitas ao Projeto de Lei n.º 118, de 1984, que institui o Código Civil**. Brasília, 2 maio 2000, p. 171-172).

⁷⁰ FIUZA, Ricardo. Op. cit., p. 43.

⁷¹ É importante salientar, porém, que na redação do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados não havia dispositivo que tratasse da sucessão na união estável. A proposta que acabou por se converter no atual art. 1.790 do Código Civil de 2002 foi apresentada por Emenda do Senado, com a qual a Câmara não concordou inteiramente, sugerindo nova redação.

- I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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.

Com essa redação, o companheiro herdaria de todo o acervo de bens componentes da herança, de modo semelhante ao que o cônjuge passaria a herdar, em concorrência, por exemplo, com os pais do falecido. Já no tocante à concorrência com os descendentes do *de cuius*, o companheiro teria até mais direitos do que o cônjuge, visto que este, no regime legal supletivo da comunhão parcial, herdaria apenas dos bens particulares do falecido.

Isso seria inaceitável, visto que as diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, “aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente”.⁷²

Diante disso, foi apresentada pela Câmara dos Deputados proposta de novo texto, a fim de restringir a sucessão do companheiro aos bens adquiridos na vigência da união estável:

Art. 1.802. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, nas condições seguintes:

- I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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.

Na justificativa apresentada pela Câmara para a alteração do texto, destacam-se de modo marcante as diferenças existentes entre casamento e união estável, de modo a se

⁷² FIUZA, Ricardo. **Parecer final às emendas do Senado Federal, feitas ao Projeto de Lei n.º 118, de 1984, que institui o Código Civil**, p. 43.

demonstrarem as razões para o tratamento sucessório também diferenciado.⁷³

Percebe-se, ademais, que na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, levou-se em consideração aquilo que julgaram ser a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável.

A despeito de todas as boas intenções e de todo o trabalho árduo da Comissão elaboradora, o texto que por fim se converteu no atual Código Civil brasileiro ainda continha inúmeras falhas, especialmente no campo do direito sucessório. Essas imperfeições serão consideradas nos Capítulos 4 e 5 deste trabalho, quando analisaremos minuciosamente os direitos sucessórios dos companheiros.

Por ora, há que se verificarem os dispositivos que regulamentaram a união estável no Código Civil dentro do Livro IV – Do Direito de Família.

1.2.1 Caracterização da União Estável

A Constituição Federal de 1988, para efeito da proteção do Estado, reconheceu a união estável como entidade familiar, ao lado do casamento e da família monoparental (CF, art. 226, §§ 1.º a 4.º).

A Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, ao regular o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, considerou como união estável, em seu artigo 1.º, a relação entre uma mulher e um homem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, que

⁷³ Consta da justificativa, apresentada no relatório do Deputado Ricardo Fiúza: “As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio – quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. Nulidades, anulabilidades, separação, divórcio, figuras indissolúvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem, ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável. Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável”. (FIUZA, Ricardo. **Parecer final às emendas do Senado Federal, feitas ao Projeto de Lei n.º 118, de 1984, que institui o Código Civil**, p. 43-44).

vivessem juntos há mais de cinco anos, ou tivessem prole.

Um ano e meio depois, a Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996, ao regular o § 3.º do artigo 226 da Constituição Federal, reconheceu “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”, suprimindo o requisito temporal e a exigência de filiação.

Finalmente, a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, admitiu, em seu artigo 1.723, “como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, mantendo, praticamente, os mesmos requisitos. O § 1.º do artigo 1.723 apenas acrescentou que bastaria, para a constituição de união estável, que a pessoa casada estivesse separada de fato.

1.2.1.1 União Estável e Concubinato

O Código Civil vigente prevê no último dispositivo do Título III, do Livro de Direito de Família, dedicado à regulamentação da união estável: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Outrora, o vocábulo “concubinato” era utilizado tanto para se referir à convivência não adulterina (chamada de concubinato puro) quanto à adulterina (denominada concubinato impuro).

A partir da identificação do concubinato puro com a denominação de união estável pela Constituição Federal e da nova conotação dada à palavra concubinato pelo Código Civil de 2002, para referir-se, exclusivamente, ao concubinato impuro, tornou-se comum à doutrina evitar a antiga nomenclatura e adotar a utilização legal atual.

A postura adotada pelo legislador deve-se provavelmente ao sentido pejorativo com

que a palavra concubinato era utilizada no passado.⁷⁴ Com efeito, na justificativa à Emenda 283, apresentada pela Câmara dos Deputados, ao artigo 1.735 do Projeto n.º 118/84 (atual artigo 1.723 do Código Civil), resta clara a intenção de se evitar a antiga conotação ligada à palavra “concubinato”, em decorrência do concubinato adulterino.⁷⁵

Seja como for, o concubinato a que se refere o artigo 1.727 do Código Civil é aquele impuro, por ser adulterino, incestuoso ou desleal. Será adulterino quando constituído por pessoa casada; incestuoso, se formado por parentes próximos; e desleal, no caso de existência de uma união estável previamente estabelecida com outra pessoa.

Na dicção legal, não basta um relacionamento livre, esporádico, para a caracterização do concubinato. O Código Civil assim considera somente a relação não eventual entre pessoas impedidas de se casarem. Isto deve ser entendido no sentido de que, embora tais pessoas vivam como se fossem marido e mulher, não existe exclusividade na relação, pois pelo menos uma delas já teria constituído família anterior, matrimonial ou convivencial. Ou, então, o impedimento estaria ligado à existência de uma das espécies de parentesco previstas no artigo 1.521, natural, civil ou por afinidade. Há que se lembrar, a propósito, que o § 1.º do artigo 1.723 assenta que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521, salvo na hipótese do inciso VI, em que a pessoa, embora casada, encontre-se separada de fato ou judicialmente.

Não obstante o artigo 1.727 se refira às pessoas impedidas de casar, isso deve ser entendido de modo um pouco mais amplo, para abarcar aquelas que já vivem em união estável com outra pessoa. Embora a pré-existência de uma união estável não apareça como impedimento matrimonial no artigo 1.521, certamente o intuito da lei é preservar as

⁷⁴ Claudia Grieco Tabosa Pessoa elucida que, quando foi criada a expressão companheiro, pretendia-se valorizar o lado humano do concubinato. Ressalta, contudo, que atualmente a expressão concubino não guarda mais o conteúdo pejorativo de outrora. (PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**, p. 33).

⁷⁵ “A rigor, todavia, com o instituto da união estável, efetiva-se importante distinção entre relações livres e relações adulterinas, expurgando-se o termo **concubinato** no tocante às primeiras e reservando-se o mesmo às adulterinas que, em razão do princípio jurídico da monogamia, não poderá ter o mesmo tratamento legal, a tanto que em último artigo proposto pela emenda ‘as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato’, devendo o termo ser empregado, com doutrina mais atual, apenas nas uniões de pessoas casadas com terceiros, enquanto convivendo com seus cônjuges.” (FIUZA, Ricardo. **Parecer final às emendas do Senado Federal, feitas ao Projeto de Lei n.º 118, de 1984, que institui o Código Civil**, p. 172). Explica adicionalmente Álvaro Villaça Azevedo: “É certo que se tem evitado a palavra *concubina* (principalmente no feminino) para a designação da partícipe da relação concubinária, tida como pura. É de ver-se que também o termo *concubinato* tem-se feito adjetivar ou substituir, por motivos, certamente, de ordem social”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 166).

famílias já existentes e obstaculizar a formação de entidades familiares múltiplas.

Conforme assevera Álvaro Villaça Azevedo, o concubinato previsto no artigo 1.727 do Código Civil corresponde ao concubinato impuro ou concubinagem, que “não deve merecer apoio dos órgãos públicos e, mesmo, da sociedade”.⁷⁶

1.2.1.2 Requisitos Caracterizadores

O artigo 1.723 do Código Civil estabelece os seguintes requisitos necessários à caracterização dessa espécie de entidade familiar: a) diversidade de sexos; b) convivência pública; c) convivência contínua; d) convivência duradoura; e) convivência estabelecida para a constituição de família.

O direito sucessório daqueles que convivem numa família de fato depende da comprovação dessa união estável, que só se estabelece se presentes os requisitos exigidos pela lei.

A **diversidade de sexos** consta expressamente não apenas no Código Civil, mas também na Constituição Federal, ao dispor que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (CF, art. 226, § 3.º). Apesar disso, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal já estenderam à união homossexual os mesmos efeitos da união estável heterossexual.⁷⁷

A **publicidade** da convivência é importante para a caracterização dessa família, pois, como fato social, deve ser exteriorizado. Não se admite, outrossim, a união em sigilo,

⁷⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 424.

⁷⁷ A despeito do que estabelece a legislação brasileira, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que se aplicam à união homossexual as disposições concernentes à união estável: REsp 827.962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011; REsp 1199667/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 04/08/2011; REsp 930.460/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 03/10/2011. E o Supremo Tribunal Federal também já reconheceu a “união homoafetiva” como entidade familiar: ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001; ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341; RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287.

em segredo, desconhecida no meio social. Requer-se certa notoriedade, ainda que restrita à comunidade onde vivem.

A **continuidade** da relação significa que a união estável deve ser ininterrupta no tempo, contínua, constante. Derivada de um comportamento, e não de uma celebração, a sua solidez é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento. A instabilidade decorrente de constantes rupturas descaracterizaria essa união como entidade familiar.

A **durabilidade** da relação, exigida pela lei, refere-se à estabilidade ou duração prolongada. A própria denominação “união estável” já transmite a ideia de que o relacionamento deve ser duradouro, estendendo-se no tempo, embora não haja prazo para sua configuração.

Por fim, a convivência estabelecida para **constituição de família** implica o fato de essa união ser monogâmica, tal como ocorre nas relações conjugais. Ao mesmo tempo, como requisito subjetivo, significa que deve haver entre os conviventes, além do afeto, o elemento espiritual conhecido no casamento como *affectio maritalis*. Não menos importante é a convivência *more uxorio*, relevada por meio da comunhão de vida, similar à existente entre pessoas casadas.⁷⁸

Em harmonia com os requisitos presentes no *caput* do artigo 1.723, o § 1.º desse artigo proíbe a configuração da união estável se ocorrerem os impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521. Isso ocorre porque, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, o Estado também tem de protegê-la. Todavia, esse mesmo parágrafo admite a configuração da união estável mesmo que a pessoa ainda esteja casada, desde que se encontre separada de fato.

O § 2.º do artigo 1.723 declara que as causas suspensivas do artigo 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Deixa de esclarecer, porém, se também seriam aplicáveis à união estável as regras do regime da separação obrigatória. Em geral, a doutrina entende que sim.⁷⁹ Também nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família, p. 612.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 567-568.

Justiça.⁸⁰

1.2.2 Deveres dos Companheiros

De acordo com o artigo 1.724 do Código Civil, as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Dentre tais deveres dos companheiros, encontra-se o de lealdade. Parece divergir, nesse campo, do dever de fidelidade, imposto aos cônjuges, no artigo 1.566, inciso I. Existe realmente uma diferença, conforme explica Álvaro Villaça Azevedo, “pois a lealdade é figura de caráter moral e jurídico independentemente de cogitar-se da fidelidade, cuja inobservância leva ao adultério, que é figura estranha ao concubinato”.⁸¹

Isso não significa, todavia, que os companheiros de união estável possam manter uma vida liberal, de relação aberta e de contatos íntimos com outras pessoas, pois isso significaria a quebra do dever de lealdade e implicaria injúria apta a motivar a separação de

⁸⁰ O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que se aplica à união estável a separação obrigatória de bens, mas com a comunicação do patrimônio adquirido por esforço comum, que se presume: “[...] Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. [...]” (STJ, REsp 1171820/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 27/04/2011). No mesmo sentido, entendendo ser dispensável a prova do esforço comum: “[...] Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n.º 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência [...]”. (STJ, REsp 1090722/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 30/08/2010). Registre-se ainda: “[...] As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula n.º 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. [...]”. (STJ, REsp 736.627/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 01/08/2006, p. 436). Há, ainda, decisão entendendo que o esforço comum deve ser provado: “[...] apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF [...]” (STJ, REsp 646.259/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010).

⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 163.

fato.

A caracterização de uma entidade familiar requer a relação única do casal, com a formação de apenas uma família. Assim, a lealdade corresponde ao termo genérico, do qual fidelidade é espécie que se aplica ao casamento.

Ademais, o dever de respeito implica a obrigação dos companheiros de se tratarem condignamente, como membros de uma família, aliados em prol da felicidade de ambos e dos filhos.

1.2.3 Regime de bens na união estável

O artigo 1.725 do Código Civil assim prescreve: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Ao procurar evitar o texto do artigo 5.º da Lei n.º 9.278/96, o legislador acabou por adotar o mesmo pensamento, embora com alguma imprecisão técnica, determinando que se aplique à união estável o regime da comunhão parcial “no que couber”.

A presunção estabelecida no artigo 5.º da lei anterior era considerada por Álvaro Villaça Azevedo como *iuris tantum*, admitindo prova em contrário.⁸² Zeno Veloso, por outro lado, sustentou que a presunção legal “não podia ser elidida por prova em contrário, mas, somente por estipulação contrária dos conviventes, em contrato escrito”⁸³. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a Lei n.º 9.278/96 dispensou a

⁸² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 413.

⁸³ VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**: direito de família (artigos 1.694 a 1.783). Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII, p. 139.

prova do esforço comum.⁸⁴ O Código Civil de 2002, por seu turno, impõe a comunicação dos bens adquiridos onerosamente durante toda a convivência, com presunção *iuris et de iure*.

Francisco José Cahali⁸⁵, ao atualizar o volume de Direito de Família, de Silvio Rodrigues, considerou que o Código Civil foi mais além, pois, aplicando-se à união estável as regras do regime da comunhão parcial, comunicam-se não apenas os bens adquiridos a título oneroso, mencionados no inciso I do artigo 1.660, mas também aqueles previstos nos demais incisos, como “os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior” (inciso II) e “os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão” (inciso V).

Rodrigo da Cunha Pereira, por sua vez, salienta que a regulamentação das consequências patrimoniais da relação de união estável no Código Civil “faz uma grande diferença em relação às leis anteriores porque eliminou a possibilidade de se demonstrar o ‘esforço comum’, aproximando ainda mais a união estável do instituto do casamento, para efeitos de partilha de bens”.⁸⁶

Álvaro Villaza Azevedo⁸⁷, todavia, pondera que o sistema da comunhão parcial de bens não se coordena com a situação de fato em que se desenvolve a união estável. Nesta,

⁸⁴ A Lei n.º 9.278/96, segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça, dispensou a prova de esforço comum na aquisição do patrimônio. A partir da sua vigência, considera-se que os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, individualmente ou em nome do casal, pertencem a ambos, dispensada a prova de que sua aquisição decorreu do esforço conjunto dos companheiros. Esse foi o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não acolheu o recurso de ex-companheira, que pretendia ver partilhados somente os bens adquiridos em nome de ambos e não todos os bens acrescentados ao patrimônio durante a constância da união. Consta da notícia no *site* do Superior Tribunal de Justiça: “Segundo o relator, mesmo havendo a revelia da outra parte, a autora da ação não demonstrou a ocorrência das hipóteses legais que poderiam afastar a presunção de condomínio sobre o patrimônio adquirido exclusivamente em seu nome. Com base em precedentes do STJ, o ministro disse que a Lei 9.278, ao contrário do regime legal anterior, ‘não exige prova de que a aquisição dos bens decorreu do esforço comum de ambos os companheiros para fins de partilha’”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Partilha de bens na dissolução de união estável após a Lei 9.278 dispensa prova de esforço comum. **Sala de notícias**, 16 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107330>. Acesso em: 16 out. 2012). Como se nota, há uma presunção relativa da prova de esforço comum, que, para ser afastada, depende de prova contrária no sentido de que o bem foi adquirido com esforços de apenas um dos companheiros.

⁸⁵ “A forma proposta é mais abrangente que o regime até então vigente, de condomínio sobre o patrimônio adquirido a título oneroso. Passam a integrar o acervo comum, por exemplo, os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior, e o fruto dos bens particulares (cf. art. 1.660).” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família, p. 282).

⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 149.

⁸⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaza. **Estatuto da família de fato**, p. 414-415.

aplicar-se-iam as regras do condomínio, e não da comunhão. Além disso, como também assevera o autor, a regra do artigo 1.725 é dispositiva, podendo ser alterada, a qualquer tempo, pelos companheiros. Podem eles realizar um contrato de convivência, estabelecendo regras diversas, ou mesmo fazer constar incidentalmente, no instrumento de aquisição de um bem, percentuais diversos.

De qualquer modo, porém, não havendo estipulação diversa, serão dos companheiros os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, independentemente da prova do esforço comum.

Há que se reconhecer, todavia, uma ressalva, decorrente da aplicação analógica do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, que em sua redação dada pela Lei n.º 12.334, de 9 de dezembro de 2010, impõe o regime de separação de bens à pessoa maior de setenta anos.

Conforme já salientado, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado reiteradamente que o regime da separação obrigatória se impõe à união estável, visto que, se isso não ocorresse, haveria um “desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário”.⁸⁸

Entretanto, o regime da separação obrigatória de bens segue “temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum”.⁸⁹

Quanto ao aumento da idade, de sessenta para setenta anos, cumpre salientar que a Lei n.º 12.334 entrou em vigor na data de sua publicação, em 10 de dezembro de 2010, só sendo aplicada a partir desse momento. Pela redação anterior, impunha-se o regime da separação de bens a quem possuísse mais de sessenta anos. Portanto, caso a união estável tenha sido dissolvida antes da entrada em vigor da nova lei, aplica-se-lhe a idade prevista anteriormente. Deste modo, por exemplo, falecido o companheiro em 1.º de dezembro de 2010, e sabendo-se que a união estável tivera início em 2003, quando então ele já completara sessenta anos, as regras aplicáveis ao caso serão as do regime da separação

⁸⁸ STJ, REsp 1090722/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 30/08/2010.

⁸⁹ STJ, REsp 1171820/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 27/04/2011.

obrigatória. Por outro lado, caso ele tenha falecido na vigência da nova lei, com mais de sessenta e menos de setenta anos, restará provavelmente uma divergência doutrinária.

Para melhor entendimento, suponhamos dois casos. No primeiro deles, a união estável foi constituída em novembro de 2010, quando o convivente possuía sessenta e um anos; no segundo caso, a união foi constituída no final de dezembro de 2010, tendo o companheiro a mesma idade. Em ambos os exemplos, suponhamos que eles morram na mesma data, em 2012. No segundo caso, não há dúvida de que se aplica a nova lei, visto que a convivência se iniciou na sua vigência. No primeiro caso, porém, surge a indagação: aplicam-se as regras de qual regime? Entendemos que também deva ser aplicado o regime da comunhão parcial, pois, não fosse assim, estaríamos dando tratamento mais severo a quem viveu mais tempo em união estável.

Fora dessas situações, em que o regime seria imposto aos companheiros, eles seriam livres para definir as regras patrimoniais de sua união, segundo melhor lhes aprouvessem, por meio de contrato escrito entre eles, conforme lhes faculta o artigo 1.725 do Código Civil.

Quanto à possibilidade de escolha do regime de bens, há que se salientar que os contratos de convivência possuem grande importância na regulamentação das uniões estáveis, a despeito de sua natureza declaratória – e não constitutiva. Convém indagar, porém, se as mesmas restrições impostas aos pactos antenupciais se estendem aos contratos de união estável, e também se a amplitude da liberdade de escolha que possuem os nubentes estende-se igualmente aos companheiros.

Entendemos que o contrato de convivência pode estabelecer a comunhão patrimonial, ainda que em relação aos bens anteriores à constituição da união estável.⁹⁰ Também pode estabelecer a separação de bens, total ou parcial. As únicas vedações seriam aquelas que digam respeito às normas cogentes ou inderrogáveis pela vontade das partes, tais como as que violem direitos fundamentais. Outrossim, não pode o contrato de convivência conter disposições sucessórias.

⁹⁰ Cibele Pinheiro Marçal Tucci relata: “A doutrina não é unânime quanto à adoção, na união estável, de um dos regimes de bens previstos para o casamento, o que só se daria se os conviventes optassem expressamente por assimilação de um dos regimes do modelo legal. Não vislumbro qualquer ilicitude na adoção de um dos regimes de bens típicos do casamento, carreando para a união estável todos os efeitos a ele relativos, inclusive a comunicação do patrimônio preexistente, ou partes dele, desde que haja disposição incontroversa a esse respeito, no contrato escrito”. (TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Contratualização da família. **Revista do advogado - AASP**, São Paulo, v. XXXII, n.º 116, p. 60-69, jul. 2012, p. 63).

Embora a forma pública não seja, em geral, da essência desse negócio jurídico, a importância do ato recomenda a instrumentalização do contrato de convivência por escritura pública. Entendemos, ademais, que ela é imprescindível na estipulação das regras patrimoniais que visem à comunicação do patrimônio adquirido anteriormente à convivência. Se no casamento é necessário que o pacto antenupcial seja feito por escritura pública⁹¹, o melhor é aplicar a mesma forma na união estável, a fim de afastar eventuais dúvidas e preservar a vontade dos conviventes e proteger pessoas que com eles venham a contratar. Ademais, convém registrar o contrato no domicílio dos conviventes, a exemplo do que determina o Código Civil para o pacto antenupcial, no artigo 1.657, para a produção de efeitos perante terceiros.⁹²

1.2.4 Alimentos na União Estável

O Código Civil vigente estabelece em seu artigo 1.694: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” Confundiu o legislador “o direito a alimentos *ex iure sanguinis* com o que nasce do contrato de casamento ou da união estável”.⁹³ Indo mais além, vedou a renúncia ao direito a alimentos, no artigo 1.707.

Embora o Código de 1916 tivesse dispositivo correspondente ao artigo 1.694, a saber, o artigo 404, este dispositivo não admitia como credores de alimentos os cônjuges ou companheiros. Há que se entender, com relação a esses, ser possível a renúncia aos alimentos.

A propósito, em 2005 já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge, que renunciou, a pretensão de ser

⁹¹ Prescreve o Código Civil: “Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”.

⁹² Prescreve o Código Civil: “Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges”.

⁹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 268.

pensionado ou voltar a pleitear o encargo”.⁹⁴

De modo semelhante, cabe sustentar que os companheiros também podem, na dissolução voluntária da união estável, acordar acerca do direito de alimentos, inclusive renunciando a eles.

1.2.5 Conversão da União Estável em Casamento

A Constituição Federal, ao reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, ordenou que devesse a lei “facilitar sua conversão em casamento” (CF, art. 226, § 3.º). Atendendo ao comando constitucional, a Lei n.º 9.278/96 previu: “Art. 8.º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

O Código Civil de 2002, ao regular a matéria em substituição à lei anterior, previu modo diferenciado de conversão: “Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Pelo menos aparentemente, o artigo 1.726 dificultou a conversão da união estável em casamento (ao determinar que as partes devem requerê-la ao juiz), se comparado com o artigo 8.º da Lei n.º 9.278/96 (que estabelecia o pedido ao Oficial do Registro Civil). Se assim for, o dispositivo é inconstitucional, porque a Constituição Federal foi absolutamente clara ao determinar, em seu artigo 226, § 3.º, que a lei facilitasse esse procedimento.

Há que se salientar que nem toda união estável pode ser convertida em casamento. Nesse sentido, a convivência de uma pessoa separada de fato ou judicialmente pode caracterizar a entidade familiar de união estável, mas não pode ser transformada em matrimônio, enquanto não se cumprirem as exigências legais a que este se sujeita. Portanto, não poderá ser feita a aludida conversão, senão após a realização do divórcio ou o óbito do ex-cônjuge.

⁹⁴ STJ, REsp 701.902/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 03/10/2005, p. 249.

Na vigência do artigo 8.º da Lei n.º 9.278/96, a conversão não podia ser concretizada sem o processo de habilitação para o casamento civil. Por analogia à situação prevista no artigo 74, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973), que cuida da possibilidade de registro civil do casamento religioso (tratado, pela legislação brasileira, como união estável, enquanto não registrado), a conversão de qualquer união estável também deveria estar sujeita à habilitação, a fim de que fosse confirmado o preenchimento dos requisitos matrimoniais e a ausência de impedimento.

Com o novo Código Civil, uma vez deferido o requerimento na esfera judicial, “a determinação da lavratura desse assentamento estará a dispensar o processo de habilitação”.⁹⁵ Por óbvio, deverá o próprio juiz certificar-se da legalidade do pretendido matrimônio, que terá que preencher todos os requisitos previstos para casamento no Código Civil para sua validade, ressalvada a ocorrência da celebração, que será dispensada.

A exigência do procedimento judicial acaba por impor aos interessados maiores dificuldades para o matrimônio. Mais fácil será que simplesmente se casem. A única vantagem da conversão estaria na possibilidade de atribuição de efeitos *ex tunc*, a fim de que eles fossem considerados casados desde o início da convivência. Entretanto, prevalecendo o entendimento de que a conversão produz efeitos *ex nunc*, não há como visualizar constitucionalidade na dificuldade do procedimento, que segundo a

⁹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 420.

Constituição, deveria ser sempre facilitado.⁹⁶

1.3 NOVAS TENDÊNCIAS DE AMPLIAÇÃO DA MATÉRIA: UNIÃO HOMOSSEXUAL

Na Alemanha, desde a entrada em vigor da Lei de Parcerias Registradas (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*), em 1.º de agosto de 2001, os casais homossexuais podem constituir uma parceria de fato registrada. E do ponto de vista sucessório, “*los convivientes se equiparan a los cónyuges*”.⁹⁷

De modo semelhante, na Suíça, a Lei Federal de 18 de junho de 2004, sobre Parcerias Registradas, em vigor desde 1.º de janeiro de 2007, também reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo. Em harmonia com isso, o artigo 462 do Código Civil suíço trata conjuntamente da sucessão do cônjuge e do convivente em parceria registrada, concedendo-lhes o direito hereditário, inclusive em concorrência com os descendentes e ascendentes do falecido.

Em Portugal, a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio (alterada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto), estipula que a “união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois

⁹⁶ No Estado de São Paulo, a Corregedoria Geral de Justiça, ao editar o Provimento CG 25/2005, manteve, com pequenas mudanças, o que já era instituído pelo Provimento CG 10/1996. Estabelecem as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com a redação dada pelo Provimento CG 25/2005: “87. A conversão da união estável em casamento deverá ser requerida pelos conviventes perante o Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais de seu domicílio. 87.1. Recebido o requerimento, será iniciado o processo de habilitação previsto nos itens 52 a 74 deste capítulo, devendo constar dos editais que se trata de conversão de união estável em casamento. 87.2. Decorrido o prazo legal do edital, os autos serão encaminhados ao Juiz Corregedor Permanente, salvo se este houver editado portaria nos moldes previstos no item 66 supra. 87.3. Estando em termos o pedido, será lavrado o assento da conversão da união estável em casamento, independentemente de qualquer solenidade, prescindindo o ato da celebração do matrimônio. 87.4. O assento da conversão da união estável em casamento será lavrado no Livro ‘B’, exarando-se o determinado no item 81 deste Capítulo, sem a indicação da data da celebração, do nome e assinatura do presidente do ato, dos conviventes e das testemunhas, cujos espaços próprios deverão ser inutilizados, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento. 87.5. A conversão da união estável dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento, sujeitando-se à adoção do regime matrimonial de bens, na forma e segundo os preceitos da lei civil. 87.6. Não constará do assento de casamento convertido a partir da união estável, em nenhuma hipótese, a data do início, período ou duração desta.”

⁹⁷ RÔTHEL, Anne. **El Derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán**. Traducción de Antoni Vaquer Aoy. Barcelona: Bosh, 2008, p. 23.

anos” (art. 1.º, 2).⁹⁸

Na Espanha, a promulgação da Constituição de 1978 pôs fim à relação de princípios que ordenavam e inspiravam a vida sociojurídica anterior, pela qual as “*parejas homosexuales*” eram perseguidas e reprimidas, consideradas como “*indolente falta de moralidad*”. Antonio Alberto Pérez Ureña relata que o novo marco normativo introduzido pela Constituição deu origem a uma mudança de entendimento da questão, não mais podendo se qualificar a convivência *more uxorio* de ilícita ou imoral.⁹⁹

Carolina Mesa Marrero¹⁰⁰ descreve que a maioria dos estudos publicados acerca da “*unión de hecho*” destacava que um dos pressupostos exigíveis para o reconhecimento de seus efeitos jurídicos era a diferença de sexos. Considerando a semelhança entre as uniões convivenciais e as matrimoniais, e visto que a lei só permitia o casamento entre homem e mulher, o mesmo deveria ser aplicado às uniões de fato. Entretanto, a autora relata que, nos últimos anos, houve na Espanha uma superação de certos valores morais que discriminavam as pessoas que mantinham uma relação afetiva com outras do mesmo sexo.

Nesse sentido, a mesma autora noticia que a Lei de Arrendamentos Urbanos, n.º 29/1994, de 24 de novembro, reconheceu expressamente o direito de sub-rogação *mortis causa* no contrato de arrendamento ao convivente supérstite, independentemente de sua orientação sexual. A partir desse reconhecimento, sucederam-se várias iniciativas legais que propugnavam a adoção de uma lei de uniões de fato com independência da orientação sexual de seus membros. Embora, em nível estatal, nenhuma dessas leis tenha prosperado, algumas *Comunidades Autónomas*, como Catalunha, decidiram aprovar uma regulamentação geral que tratasse da convivência das uniões de fato, de sexo igual ou

⁹⁸ José António de França Pitão critica o fato de que, apesar da existência dessa lei, “continua sem ser codificada a união de facto no seu todo, apesar de se terem equiparado os efeitos das uniões homossexuais aos das uniões heterossexuais, à excepção da admissibilidade de adopção que, por razões óbvias [...], não é aplicável àquelas”. (PITÃO, José António de França. **Uniões de facto e economia comum**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 67).

⁹⁹ UREÑA, Antonio Alberto Pérez. **Uniones de hecho**: estudio práctico de sus efectos civiles. 2. ed. Madrid: Edisofer, 2007, p. 34-35.

¹⁰⁰ MARRERO, Carolina Mesa. **Las Uniones de hecho**: análisis de las relaciones económicas y sus efectos. 3. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, p. 39-40.

diferente.¹⁰¹

Com relação à legislação da Catalunha, merece destaque o fato de que a Lei n.º 10/1998, de 15 de julho, regula em capítulos separados as uniões estáveis heterossexuais e as homossexuais. Conforme explica Susana Espada Mallorquín¹⁰², no capítulo relativo às uniões estáveis heterossexuais não se estabelece nenhuma disposição relativa aos direitos sucessórios intestados do convivente sobrevivente, enquanto que, em seu capítulo II, que regula as uniões estáveis homossexuais, contemplam-se, no artigo 34, os direitos sucessórios intestados do convivente sobrevivente dos casais do mesmo sexo. A regulamentação diferenciada parte do pressuposto que os casais de fato heterossexuais e homossexuais não são situações equiparáveis entre si e tampouco são equiparáveis ao matrimônio, o que justifica seu tratamento desigual.

A razão que justifica essa desigualdade em matéria de direitos sucessórios — segundo narra a autora — é que o casal heterossexual que vive maritalmente, se não se casar, é por vontade própria, enquanto que o casal homossexual não pode se casar, ainda que deseje. Sendo assim, o fundamento da ausência de reconhecimento de direitos sucessórios ao convivente sobrevivente heterossexual se encontra no fato de que esses casais de pessoas de sexo distinto, se não se casaram, é porque esta não é sua vontade e, por isso, têm um reconhecimento mínimo de direitos nos casos de extinção da união estável por falecimento.

O fundamento da distinção, todavia, foi duramente criticado pela doutrina, pois serviria de base para a supressão de outros direitos dos conviventes heterossexuais. Além disso, a razão do tratamento díspar também foi questionada após a aprovação da Lei n.º 13/2005, de 1.º de julho, que admitiu o matrimônio entre duas pessoas do mesmo sexo,

¹⁰¹ MARRERO, Carolina Mesa. **Las Uniones de hecho**: análisis de las relaciones económicas y sus efectos, p. 39-40. A mesma autora relata que alguns países do norte da Europa têm sido pioneiros na criação de leis contra a discriminação da homossexualidade, como Dinamarca, Noruega, Suécia, Islândia e Finlândia. Revela-nos, ainda, que o modelo de “*parejas registradas*” tem sido introduzido em outros países europeus como Alemanha, Holanda e Bélgica, sendo que nesses dois últimos países também se admite o casamento de pessoas do mesmo sexo. Menciona, por fim, que nesse contexto de abertura e superação de normas discriminatórias, o legislador espanhol decidiu aprovar a Lei n.º 13/2005 de 13 de julho, que permite o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. (Ibidem, p. 41).

¹⁰² MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**, p. 270.

alterando o Código Civil espanhol.¹⁰³

Seguindo a tendência que tem havido em vários países¹⁰⁴, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em decisão unânime, a equiparação da “união homoafetiva”¹⁰⁵ à heterossexual. Dez ministros votaram a favor do reconhecimento da união estável como entidade familiar. Apenas o ministro Dias Toffoli não participou da sessão, pois se declarou impedido.

Na data de 4 de maio de 2011, o ministro **Carlos Ayres Britto**, relator do processo, votou favoravelmente à relação entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”. O ministro destacou que “a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos”. E acrescentou: “Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva”. Lê-se ainda na conclusão de seu voto:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”.

¹⁰³ Foi acrescido um segundo parágrafo ao artigo 44, com a seguinte redação: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.*” (Tradução livre: O matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos quando ambos os contraentes forem do mesmo ou de diferente sexo). Consigne-se, porém, que o Tribunal Constitucional admitiu o trâmite, mediante providência de 25 de outubro de 2005, do Recurso de Inconstitucionalidade n.º 6864-2005, promovido por mais de cinquenta Deputados do Grupo Parlamentar Popular do Congresso dos Deputados contra a Lei n.º 13, de 1.º de julho de 2005, pela qual se modificou o Código Civil em matéria de direito a contrair matrimônio (BOE núm. 273, de 15-11-2005, p. 37313). Entretanto, pela Sentença 198/2012, de 6 de novembro de 2012, o Pleno do Tribunal Constitucional decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade da regulação legal do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, diante da garantia institucional do matrimônio e amparo da família.

¹⁰⁴ A diferença, no Brasil, está no fato de que a legislação não foi alterada para se atribuírem direitos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Foi o Poder Judiciário, ao pretender corrigir a inércia do legislador, que atribuiu efeitos à união homossexual.

¹⁰⁵ Embora a expressão “união homoafetiva” seja cada vez mais usada para substituir a antiga expressão “união homossexual”, não vemos necessidade de utilização desse neologismo. O prefixo “homo” é usado para se referir a algo de uma mesma espécie. À guisa de exemplificação, homocêntrico é aquilo que tem o mesmo centro; homolateral significa do mesmo lado; homoetnia refere-se à mesma raça etc. Com base nisso, não vemos nenhum inconveniente na utilização do termo homossexual para referir-se ao casal formado por pessoas do mesmo sexo. Já se alegou que a família homossexual não é formada apenas para a prática sexual, argumento, porém, que não impede a utilização da expressão, que nada tem a ver com o ato sexual, em si, mas com a identidade do conjunto das características corporais que diferenciam, numa espécie, os machos e as fêmeas, os homens e as mulheres. União homossexual, portanto, significa simplesmente união de pessoas do mesmo sexo, motivo pelo qual não vemos nenhum óbice à continuidade da utilização desse termo, preferível à união homoafetiva, já que não estamos a nos referir a pessoas que têm simplesmente o mesmo afeto, mas sim àquelas que têm o mesmo gênero, masculino ou feminino.

Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.¹⁰⁶

Retomado o julgamento no dia seguinte, 5 de maio, o ministro **Luiz Fux** e a ministra **Cármem Lúcia Antunes Rocha** acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O ministro **Ricardo Lewandowski**, embora reconhecendo que os constituintes fizeram questão de deixar claro que família somente poderia ser constituída por união estável formada entre heterossexuais, ponderou que atualmente não mais se pode negar a existência das uniões homoafetivas, que constituem uma realidade. Diante disso, defendeu a utilização da técnica de integração, por meio da analogia, e votou favoravelmente à aplicação do artigo 1.723 às uniões homossexuais, acompanhando o voto do relator. Ressalvou, porém, que esse reconhecimento não abrangeria as prescrições legais que “exijam a diversidade de sexo para o seu exercício”.¹⁰⁷

O quinto a votar foi o ministro **Joaquim Barbosa**, manifestando que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no artigo 226, § 3.º, mas em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais. Reconheceu, outrossim, que a Constituição Federal não cita nem proíbe o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, também votando favoravelmente à família homossexual.

Na sequência, também reconheceram a possibilidade de união estável homoafetiva

¹⁰⁶ STJ, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Julgamento concluído em 5 maio 2011. Voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 36, 48 e 49.

¹⁰⁷ Lemos na conclusão de seu voto: “Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, **excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício**, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações”. (STJ, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Julgamento concluído em 5 maio 2011. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fls. 14 e 15, grifo nosso).

os ministros **Gilmar Mendes**¹⁰⁸, **Ellen Gracie** e **Marco Aurélio**. Este último sustentou que o óbice gramatical quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, existente no artigo 1.723 do Código Civil, pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica, partindo-se do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁹

Por fim, os ministros **Celso de Mello** e **Cezar Peluso** acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Na semana seguinte ao julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal, o

¹⁰⁸ Em notícia divulgada no *site* do STF, lemos acerca das ponderações do ministro Gilmar Mendes: “O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), foi o sexto a se manifestar pela constitucionalidade da união homoafetiva. ‘Aqui me parece que é um caso muito claro de proteção dos direitos fundamentais’, disse nesta tarde. Segundo o ministro, a ideia de opção sexual está contemplada na ideia de exercício de liberdade e do direito de cada indivíduo de autodesenvolver sua personalidade. Ele acrescentou que a falta de um modelo institucional que proteja casais homossexuais estimula a discriminação. ‘Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que de vez em quando temos tido notícias em relação a essas pessoas, práticas lamentáveis, mas que ocorrem.’ Diante desse ‘limbo jurídico’, ou seja, uma lacuna legal, resultado do silêncio do Congresso Nacional diante da matéria, Gilmar Mendes considera dever de uma Corte Constitucional garantir a proteção da união homoafetiva, em respeito aos direitos fundamentais e aos direitos das minorias. Ele destacou a importância da atuação do Supremo em quadros semelhantes, quando de fato a omissão da Corte representaria um ‘agravamento no quadro de desproteção de minorias ou pessoas que tenham seus direitos lesionados’. Também ressaltou que seu voto se limita a reconhecer a existência legal da união homoafetiva por aplicação analógica do texto constitucional, **sem se pronunciar sobre outros desdobramentos**. ‘Pretender regular isso é exacerbar demais nossa vocação de legisladores positivos, com sério risco de descarrilarmos, produzindo lacunas’, alertou”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sexto voto favorável à união homoafetiva é do ministro Gilmar Mendes. **Notícias**, 5 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178918>>. Acesso em: 17 jul. 2011, grifo nosso).

¹⁰⁹ O ministro Marco Aurélio concluiu seu voto com as seguintes palavras: “Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei n.º 10.406/2002, a fim de declarar a **aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual**”. (STJ, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Julgamento concluído em 5 maio 2011. Voto do Ministro Marco Aurélio, fls. 17, grifo nosso).

Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰ “reconheceu o *status* de união estável aos relacionamentos homoafetivos com base em leis infraconstitucionais”.¹¹¹

1.3.1 Juízo Crítico sobre o Reconhecimento da União Homoafetiva

Até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 5 de maio de 2011, pode-se dizer que havia duas fortes correntes a respeito da possibilidade de reconhecimento da união estável homossexual. Para uns, a união de pessoas do mesmo

¹¹⁰ Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado no sentido da possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união homoafetiva: “PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto à possibilidade jurídica do pedido, corresponde à inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração, mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008).

¹¹¹ Lê-se em notícia divulgada no *site* do Superior Tribunal de Justiça: “A maioria da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou o entendimento pioneiro da ministra Nancy Andrighi e reconheceu o *status* de união estável aos relacionamentos homoafetivos com base em leis infraconstitucionais. Para a relatora, as uniões de pessoas de mesmo sexo se baseiam nos mesmos princípios sociais e afetivos das relações heterossexuais. Negar tutela jurídica à família constituída com base nesses mesmos fundamentos seria uma violação da dignidade da pessoa humana. A decisão confirma a partilha de bens determinada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) com base nas regras do Direito de Família. Em fevereiro, o voto da ministra foi seguido pelos ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão. O julgamento foi interrompido pelo ministro Raul Araújo, que na sessão desta quarta-feira (11) aplicou o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em razão de seu efeito vinculante. O entendimento do ministro Raul Araújo foi seguido pela ministra Isabel Gallotti. O ministro Sidnei Beneti também observou o efeito vinculante para alterar seu voto anterior”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ afirma que leis já garantem *status* de união estável para relações homoafetivas. **Sala de notícias**, 11 maio 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101785&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquis_a=união+homoafetiva>. Acesso em: 18 jul. 2011).

sexo não constituía entidade familiar, podendo configurar sociedade de fato, regida pelo Direito das Obrigações.¹¹² Para outros, a união homossexual deveria ser considerada como família, desde que preenchidos os demais requisitos legais, e receber o mesmo tratamento de uma união heterossexual.¹¹³

O grande empecilho legal, apontado como óbice intransponível à aplicação das regras da união estável aos casais homossexuais, era o disposto na própria Constituição Federal. Ao admitir outras formas de formação familiar além do casamento, nossa Carta Magna deixou clara e expressamente consignado em seu artigo 226, § 3.º, que, para efeito da proteção do Estado, seria reconhecida como entidade familiar a união estável “entre o homem e a mulher”. Da redação do dispositivo, depreende-se claramente a intenção do legislador constituinte de estabelecer, como requisito da união estável, a diversidade de sexos.

A despeito disso, vagarosamente foi sendo construída, na defesa dos homossexuais, uma doutrina que pudesse sustentar jurídica e legalmente que pessoas do mesmo sexo também tinham o direito de constituir família. Essa ponderação foi embasada, sobretudo, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Esta última posição vinha crescendo de forma significativa nos últimos anos, sendo adotada por alguns juízes e tribunais. Embora reticente no início, a jurisprudência aos poucos foi reconhecendo cada vez mais direitos aos casais homossexuais. Conforme constatou Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, em obra publicada em 2010, o Judiciário vinha “adotando uma postura mais liberal, dando maior flexibilidade às leis e aplicando a analogia e a equidade aos relacionamentos homossexuais, reconhecendo-lhes alguns direitos conferidos aos heterossexuais”.¹¹⁴

As primeiras decisões favoráveis admitiram a partilha de bens entre pessoas do

¹¹² Embora não considerasse os parágrafos do artigo 226 taxativos, Álvaro Villaça Azevedo não defendia a aplicação das regras da união estável à união homossexual. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, 290; 436; 439).

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 182 et seq.; LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68.

¹¹⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**, p. 141.

mesmo sexo, desde que provado o esforço comum na aquisição do patrimônio.¹¹⁵ Também foram reconhecidos direitos previdenciários.¹¹⁶ Posteriormente, admitiu-se a possibilidade

¹¹⁵ Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça não admitiu a aplicação das regras patrimoniais da união estável às uniões homossexuais: “Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum. – Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1º da Lei n.º 9.278/96. - A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 773.136/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 259).

¹¹⁶ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. [...] 4 – Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo ‘Da Família’. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5 – Diante do § 3º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6 – Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: ‘Art. 201 – Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º.’ 7 – Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 – Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n.º 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento 9 - Recurso Especial não provido”. (STJ, REsp 395.904/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 06/02/2006, p. 365) No mesmo sentido: REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010.

de inclusão de nome de parceiro homossexual em plano de assistência médica.¹¹⁷

Em 2010, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de adoção por casal homossexual. No caso concreto, foi decisivo o fato de já se ter estabelecido um forte vínculo afetivo entre a recorrida e os menores, estando a situação fática consolidada.¹¹⁸

Por um lado, parece-nos que era mesmo inevitável o reconhecimento do direito dos homossexuais de constituírem família; por outro, a interpretação segundo a qual a referência à união entre homem e mulher, prevista constitucionalmente (CF, art. 226, § 3.º), ser apenas exemplificativa, parece afrontar todas as regras de hermenêutica. O mesmo se diga do artigo 1.723 do Código Civil. A propósito, Antonio Jorge Pereira Júnior teceu a seguinte crítica:

Ora, a elasticidade interpretativa da Constituição tem como limite o texto da norma. O sistema constitucional brasileiro não permite qualquer forma de interpretação que extrapole os limites traçados, seja no texto originário, seja no texto reformado. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal pode esquivar-se dessa exigência. Para alteração do texto, é necessário emendar ou reformar a Constituição, competência do Congresso Nacional. Assim, os Ministros que decidiram pela equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à união entre homem e mulher, estiveram a fazer uso político do poder judicial, em dissonância com o sistema democrático prescrito na Constituição. Chamaram a si, em

¹¹⁷ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSO CIVIL E CIVIL – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF – UNIÃO HOMOAfetiva – INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – POSSIBILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. – Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à minguada de prequestionamento. – A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. – O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. – Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta”. (STJ, REsp 238.715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006, p. 263). No mesmo sentido: “PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. ‘A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica’ (REsp nº 238.715, RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 02.10.06). Agravo regimental não provido”. (AgRg no Ag 971.466/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 05/11/2008).

¹¹⁸ “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.” (STJ, REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010).

atitude substitutiva, atividade originária do legislativo, *locus* onde se definem emendas e políticas públicas não postas na Constituição.¹¹⁹

Como quer que seja, o Supremo Tribunal Federal viu-se certamente pressionado diante do crescente número de casais homossexuais que clamavam por uma definição de sua situação, de modo que pudessem regularizar seu relacionamento. E por não ter havido alteração legislativa prevendo especificamente o reconhecimento da união estável homossexual, nossa mais alta Corte de Justiça parece não ter tido outra saída, senão estender, por analogia, os preceitos da união estável à convivência “homoafetiva”.

Tendo sido a decisão proferida pelo órgão máximo, encarregado da interpretação da Constituição Federal e da constitucionalidade das leis, só resta à sociedade, em geral, acatar tal posicionamento, nos termos dos votos dos ministros. Na doutrina, continuará certamente havendo muitas divergências, mas, sob o ponto de vista prático, as dissensões deverão ser cada vez menos frequentes.

1.3.2 Juízo Crítico sobre o Casamento Civil Homossexual

Apesar das decisões que têm sido proferidas pelo Judiciário, no sentido de converterem a união estável homossexual em casamento¹²⁰, questiona-se em sede doutrinária se isso é juridicamente possível. O registro poderá até ser realizado — como,

¹¹⁹ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. A Família na Constituição do Brasil — missão, limites e responsabilidades — comentário ao art. 226 da Constituição de 1988. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Direito e dignidade da família**: do começo ao fim da vida. São Paulo: Almedina, 2012, p. 13-14. Continua o autor: “Em que pese o afã político de equiparação jurídica da união *gay* aos modelos familiares descritos na Constituição de 1988, para atender aspiração de autoafirmação legal, por anseio ideológico ou psicológico particular, pelo desejo de atenuar o preconceito social, ou simplesmente pelo interesse de conceder-lhes benefícios legais específicos das entidades familiares, mediante forçosa equalização legal, não parece razoável a extensão do conceito de entidade familiar do artigo 226 às uniões homoafetivas, só por uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Pelo menos desde a perspectiva da ordem social constitucional, da razoabilidade jurídica, e do necessário respeito às competências constitucionais dos Poderes no Estado de Direito”. (Ibidem, p. 14).

¹²⁰ Vide, nesse sentido, as seguintes notícias: JUIZ de São Paulo autoriza que dois homens se tornem oficialmente casados. **AASP**. Notícias do dia, 28 jun. 2011. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=10137>. Acesso em: 15 jul. 2011; SEM legislação, casamento homossexual depende do juiz. **AASP**. Notícias do dia, 29 jun. 2011. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=10147>. Acesso em: 15 jul. 2011; JUIZA converte em casamento união estável entre duas mulheres. **Magister**. Notícias, 14 jul. 2011. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=53224&utm_source=PmwebCRM-AGECOMUNICACAO & utm_medium=](http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=53224&utm_source=PmwebCRM-AGECOMUNICACAO&utm_medium=)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

realmente, tem sido —, mas sempre haverá quem considere esse casamento inexistente, pelo menos enquanto a legislação não for alterada. A esse respeito, convém trazer à baila as preleções de Álvaro Villaça Azevedo:

Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto, ou não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro.

Nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento, como regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união a registrar-se no Cartório. [...]

Todo o sistema regulador do casamento civil acolhe a diversidade de sexo como seu pressuposto existencial. [...]

Daí poder o juiz declarar a inexistência do casamento, independentemente de ação tendente a esse reconhecimento. [...]

É certo, desse modo, que o ato inexistente nem chega a ingressar no mundo jurídico [...].¹²¹

A noção de negócio jurídico inexistente, como explica Paulo Nader, surgiu no âmbito doutrinário, em decorrência de falha técnica do Código Civil francês, ao consagrar o princípio “*pas de nullité de mariage sans texte*” (i.e., não há nulidade de matrimônio sem texto). Esse diploma, contudo, foi omissivo em relação a certas situações relevantes, *verbi gratia*, “deixando de incluir no elenco das nulidades algumas irregularidades sérias, como a do casamento de pessoas de igual sexo, criando um problema de difícil resposta”.¹²²

A questão, aparentemente sem saída, criada pelo *Code Napoléon*, que embaraçava os juristas franceses, foi solucionada pelo jurista alemão Karl Salomo Zachariae von Lingenthal, no ano de 1808, em seu Manual de Direito Civil Francês (*Handbuch des Franzoesischen Zivilrechts*).¹²³

Zachariae é citado por Pontes de Miranda como o “formulador da teoria dos atos inexistentes”, ao tratar da diferença de sexo como pressuposto necessário à existência do casamento. Explica o civilista brasileiro: “Destarte, a união, ainda quando solenemente feita, entre duas pessoas do *mesmo sexo*, não constitui matrimônio, porque ele é, por definição, contrato do homem e da mulher, *viri et mulieris coniunctio*, com o fim de

¹²¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 430-431. Embora essas palavras tenham sido escritas antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a validade da ‘união estável homoafetiva’, entendemos que elas continuam sendo perfeitamente válidas.

¹²² NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, p. 134.

¹²³ O artigo 146 do *Code Civil français* deu margem à teoria do matrimônio inexistente: “*Article 146. Il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a point de consentement*”. (Tradução livre: Art. 146. Não haverá casamento quando não houver consentimento).

satisfação sexual e de procriação”.¹²⁴

É preciso reconhecer que a aceitação da teoria da inexistência não é unânime, nem pacífica, na doutrina nacional.¹²⁵ Ademais, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu que a união homossexual deveria ser equiparada à união estável, vários autores começaram a entender, quanto ao casamento de pessoas do mesmo sexo, que “tal exemplo de concretização da teoria da inexistência do negócio jurídico perdeu seu campo de aplicação no Brasil”.¹²⁶

Com a devida vênia, não compartilhamos desse entendimento. O reconhecimento da união estável homossexual não implica, necessariamente, a admissão do casamento de pessoas de mesmo sexo. Com efeito, não é qualquer união estável — mesmo heterossexual — que pode ser convertida em matrimônio.

A conversão judicial da união estável em casamento, ainda que independa de celebração, exige o cumprimento de todas as demais formalidades e regras relativas ao casamento civil. Verificada a ocorrência de impedimentos matrimoniais, a ausência do preenchimento dos requisitos de validade ou mesmo a falta de pressupostos de existência, não há que se admitir a referida conversão. Caso contrário, mais uma vez invocando as ponderações de Álvaro Villaça Azevedo, poderíamos dizer que “restaria frustrada a figura do casamento civil, com todos os seus rigores; praticamente, bastaria viver o casal em concubinato, algum tempo, sem qualquer formalidade, convertendo essa união de fato, também sem qualquer formalidade, em casamento civil”.¹²⁷

Entretanto, havia quem desde o início sustentasse a possibilidade de conversão da união homossexual em casamento. Normalmente, alegavam que isso seria possível porque

¹²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial – direito de personalidade – direito de família: família matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas, SP: Bookseller, 2000. t. VII, p. 413.

¹²⁵ No entanto, ela tem sido adotada por muitos autores. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao tratarem do plano da existência do casamento, afirmam: “Por conta da formalidade de que se reveste o matrimônio, exigindo a estreita observância das normas em vigor, com acentuada carga de ordem pública, a admissibilidade jurídica da união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo demandaria, em nosso pensar, uma previsibilidade legal específica, alterando-se, pois, o sistema em vigor”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional, p. 204). De modo semelhante, Carlos Roberto Gonçalves leciona: “A diversidade de sexos constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais. Estas devem merecer regulamentação de natureza diversa [...]”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família, p. 142).

¹²⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 5, p. 64.

¹²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 327.

a Constituição Federal prevê a conversão da união estável em casamento.¹²⁸ No entanto, não podemos ignorar que a Constituição apenas determinou que a lei facilitasse a conversão, mas deixou a cargo do legislador infraconstitucional o estabelecimento das regras e requisitos para o procedimento.

Ao mesmo tempo, convém lembrar que nem toda união estável pode ser convertida em casamento, pois, para isso, há que serem atendidos os pressupostos estabelecidos na legislação ordinária para a validade e existência do matrimônio. Assim é que uma pessoa separada de fato pode constituir união estável, mas nem por isso poderá se casar, enquanto não se submeter aos demais requisitos exigidos pela legislação infraconstitucional para o casamento.

Não nos parece que tenha o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4277, em 5 de maio de 2011, reconhecido a possibilidade atual do registro de casamento civil entre homossexuais. Ao contrário, embora os ministros apontassem para a importância da atribuição dos efeitos da união estável às entidades homossexuais, em nenhum momento julgaram em definitivo a questão relativa ao casamento civil. Antes, como bem alertou o ministro Gilmar Mendes, seu voto se limitou a reconhecer a existência legal da união homoafetiva por aplicação analógica do texto constitucional, “sem se pronunciar sobre outros desdobramentos.”¹²⁹

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça, em 25 de outubro de 2011, reconheceu a possibilidade de habilitação para o casamento de duas pessoas de mesmo

¹²⁸ Cf. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil:** direito de família, p. 64.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sexto voto favorável à união homoafetiva é do ministro Gilmar Mendes.

sexo.¹³⁰

¹³⁰ “DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAfetivo). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF n.º 132/RJ E DA ADI n.º 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam ‘de costas’ para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.º 132/RJ e da ADI n.º 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado ‘família’, recebendo todos eles a ‘especial proteção do Estado’. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a ‘especial proteção do Estado’, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os ‘arranjos’ familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo ‘democraticamente’ decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume,

Diante dessa decisão, não há mais sentido na conversão da união homossexual em casamento. Afinal, admitiu-se que os homossexuais podem se casar, diretamente. Outrossim, os casais homossexuais não precisarão mais ter de registrar primeiramente a união estável, para depois solicitar a conversão em casamento.¹³¹

Nesse mesmo sentido, o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso de apelação, interposto por um casal de homossexuais, que pretendia dar início a um processo de habilitação e teve esse direito negado:

REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS – recurso interposto contra sentença que indeferiu a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo – orientação emanada em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277), seguida pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.183.378) – Impossibilidade de a via administrativa alterar a tendência sacramentada na via jurisdicional – Recurso provido.¹³²

Consta do acórdão proferido pelo Relator, Desembargador José Renato Nalini, que, embora não haja hierarquia entre cortes judiciais, “o Supremo Tribunal Federal tem por atribuição a guarda precípua da Constituição da República e o Superior Tribunal de Justiça a missão de unificar a interpretação do ordenamento em todo o Brasil”. Como ambos decidiram ser possível o reconhecimento da proteção jurídica a conviventes do mesmo sexo, se, “na via administrativa, fosse alterada essa tendência, o Judiciário se veria

explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é ‘democrático’ formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido”. (STJ, REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012).

¹³¹ Nesse sentido, também foram alteradas as normas da Corregedoria: “Todos os cartórios do Estado de São Paulo terão de habilitar obrigatoriamente homossexuais para o casamento civil. O Diário Eletrônico da Justiça publicou na terça-feira, 18, alterações nas Normas de Serviço da Corregedoria-Geral que aplicam ao casamento ou à conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as regras exigidas de heterossexuais. A medida entra em vigor em 60 dias. Os casais homossexuais não precisarão mais ter de registrar primeiramente a união estável para depois solicitar a conversão em casamento. Nem terão de recorrer à Justiça para garantir o casamento ou a conversão da união. Basta ir diretamente ao cartório de registro de pessoas naturais e solicitar a habilitação para o casamento. O procedimento da Corregedoria pacifica decisões judiciais. Em setembro, um acórdão do Conselho Superior da Magistratura determinara o registro de casamento entre pessoas do mesmo sexo em São Paulo em todos os cartórios”. (CASTANHO, William. Norma do TJ obriga cartórios de SP a celebrar casamento gay. **O Estado de S.Paulo**, Política, São Paulo, 18 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,norma-do-tj-obriga-cartorios-de-sp-a-celebrar-casamento-gay-,975356,0.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2013).

¹³² TJSP, Corregedoria Geral da Justiça, Apelação Cível n.º 0010043-42.2012.8.26.0562, Relator Des. José Renato Nalini, Conselho Superior da Magistratura, jul. em 30 ago. 2012. Anteriormente, em outro caso, já se havia decidido pela possibilidade de conversão: TJSP, Corregedoria Geral da Justiça, Apelação Cível n.º 0000050-38.2011.8.26.0326, Relator Des. José Renato Nalini, Conselho Superior da Magistratura, jul. em 31 maio 2012.

invocado a decidir, agora na esfera jurisdicional, matéria já sacramentada nos Tribunais com jurisdição para todo o território nacional”. Diante disso, foi dado provimento ao recurso para determinar o prosseguimento do processo de habilitação para casamento.

Foi observado, ainda, que “o Superior Tribunal de Justiça, respaldado nos princípios fincados na Adi 4277/DF, do STF, admitiu a habilitação direta para o casamento entre pessoas do mesmo sexo sem a necessidade do prévio reconhecimento da união estável”.

A decisão mencionada pelo Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo refere-se ao Recurso Especial n.º 1183378/RS, julgado em 25 de outubro de 2011, tendo por relator o Ministro Luis Felipe Salomão.

O caso concreto, que deu origem a esse Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, envolveu duas mulheres, que se relacionavam de maneira estável há três anos, quando requereram habilitação para casamento em dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre – RS, tendo seu pedido negado pelos respectivos titulares. Em março de 2009, ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre – RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casassem.

A sentença julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento, tal como disciplinado pelo Código Civil de 2002, somente é possível entre homem e mulher. Em grau de apelação, a sentença foi mantida por acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER. Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussetts, nos USA, que prevêm o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de

separação (harmônica) dos poderes. Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher. Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo. Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesejável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar. Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária. A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico. APELAÇÃO DESPROVIDA.¹³³

Embora, como salientado no acórdão do Tribunal gaúcho, a legislação brasileira não preveja a possibilidade de casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que isso é possível, com base na argumentação, entre outras, de que “o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença”.

Analisando a discussão ocorrida em Portugal, por ocasião da aprovação da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que introduziu na ordem jurídica portuguesa o casamento entre pessoas do mesmo sexo, José de Oliveira Ascensão considerou que o principal argumento utilizado foi o da igualdade. Contestando tal fundamento, indaga o jurista português: “Mas **igualdade**, como? Em contrair casamento? É claro que todos podem contrair casamento. Mas contrair entre si, entre pessoas do mesmo sexo?”¹³⁴

A igualdade estabelece-se entre pessoas iguais. O problema, segundo Ascensão, consiste em saber se são iguais para o efeito de contraírem casamento. Ser igual significa

¹³³ TJRS, Apelação Cível n.º 70030975098, Sétima Câmara Cível, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 30/09/2009.

¹³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Casamento de pessoas do mesmo sexo” em Portugal. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 173.

que, sendo homem, tem o mesmo direito que qualquer homem possui, de contrair casamento com uma mulher.

Outro direito que tem sido invocado é a liberdade. Somos sujeitos autônomos e podemos exercer nossa autonomia na busca por nossa realização pessoal. Mas autonomia não é arbítrio. Um homem não pode se casar com duas mulheres, num casamento poligâmico. Tampouco pode, invocando seu direito de liberdade, casar-se com sua filha. Portanto, somos autônomos nos termos do enquadramento social.

Socialmente, o casamento tem uma longa evolução histórica. Durante todo o tempo, porém, o casamento sempre foi uma instituição caracterizada pela heterossexualidade.¹³⁵ Até poucos anos atrás, não se contestava o caráter heterossexual do casamento. Os pares homossexuais, como noticia Ascensão, começaram a ser protegidos como uniões de fato, atendendo, sobretudo, à vertente patrimonial. O próximo passo foi o reconhecimento, num número reduzido de países, da união civil registrada, que proporcionava maior segurança institucional, mas mantinha a diferenciação do casamento.¹³⁶

O direito de contrair casamento, garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil, não é absoluto. O fato de que toda pessoa pode contrair casamento não significa que não haja limites. O sentido de casamento, quando a Constituição foi aprovada, era incompatível com o de casamento homossexual. O elemento histórico revela que nunca se pretendeu, no texto constitucional, garantir o direito a pessoas do mesmo sexo de se casarem. Tampouco existiu essa intenção por ocasião da elaboração do Código Civil brasileiro, que dispõe: “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

Assim como o elemento histórico, o sistemático também revela que a Constituição brasileira — do mesmo modo como a portuguesa, analisada por Ascensão — associa casamento a procriação, não em termos de fatalidade, pois pode haver procriação e vínculo familiar de modo independente, mas em termos de normalidade. Pertence, ainda, ao

¹³⁵ Acerca do casamento no Direito Romano, discorre Ebert Chamoun: “Os romanos consideravam o casamento como a união entre o homem e a mulher, com o fim de estabelecer uma comunhão de vida íntima e duradoura”. (CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**, p. 144).

¹³⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Casamento de pessoas do mesmo sexo” em Portugal. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**, p. 175 et seq.

elemento sistemático, o confronto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prevê: “Artigo 16.º 1. A partir da idade núbil, **o homem e a mulher** têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. [...]” (grifo nosso).

Por fim, José de Oliveira Ascensão recorre ao fundamento teleológico para explicar que o casamento sempre supôs a diversidade de sexos por se fundar na complementariedade entre homem e mulher, iguais em dignidade, mas diferentes física e psicologicamente, de modo que se completem numa unidade, constituindo a plena comunhão de vida. O autor revela que o casamento de homossexuais “amputa grande parte do significado da instituição”.¹³⁷ Casamento não é mero nome, com o conteúdo qualquer que se pretender lhe impingir.

Ao tratar da nova lei argentina sobre o matrimônio, que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, Ursula Basset¹³⁸ igualmente critica o fato de que o legislador não se importou com uma modificação de conceito e estruturação da instituição matrimonial. Nesse sentido, a Lei n.º 26.618, de 15 de julho de 2010, simplesmente aboliu o requisito da heterossexualidade para a existência do matrimônio, alterando o artigo 172 do Código Civil argentino. A autora expõe que o modelo heterossexual do matrimônio não se coaduna perfeitamente com a modalidade de relação entre pessoas homossexuais, diante do que não se poderia, simplesmente, estender a estas a mesma regulamentação do casamento entre pessoas de sexos diferentes. Também adverte que a teoria geral da inexistência, como teoria do direito comum, aplica-se ao direito de família. Sendo assim, se o casamento perdeu o requisito da heterossexualidade, mas conservou uma concepção da instituição que não é capaz de ser satisfeita por pessoas de mesmo sexo, ocorre uma impossibilidade fática de os contraentes realizarem o objeto do matrimônio, diante do que, trata-se de uma união carente de objeto e, portanto, inexistente.

A dignidade da pessoa humana é aclamada ao se sustentar o direito dos homossexuais de se casarem. É preciso questionar, todavia, se a proibição ao casamento

¹³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Casamento de pessoas do mesmo sexo” em Portugal. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**, p. 182 et seq.

¹³⁸ BASSET, Ursula C. El Cambio de paradigma de la nueva ley argentina sobre el matrimonio. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 200 et seq.

com pessoa do mesmo sexo constitui verdadeira afronta à dignidade, princípio invocado atualmente de modo exagerado e nem sempre em harmonia com o seu verdadeiro significado. Acerca de sua banalização, comenta João Baptista Villela que a dignidade da pessoa humana “acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta.”¹³⁹

O autor expõe que, “se não se pode estabelecer *a priori* o que seja um regime político justo e perfeitamente adequado à dignidade humana, é-se levado a crer que a melhor conduta é consultar a maioria”, que terá então a responsabilidade de definir soluções que honrem a dignidade. Feitas essas considerações, Villela comenta que o plebiscito “é a mais universal forma de consulta da opinião pública”. Nesse contexto, cita “o fato de que na Califórnia (justo na Califórnia!) um plebiscito rejeitou, por 52,1% dos votos, a proposta de casamento entre homossexuais”.¹⁴⁰

Melhor seria, no Brasil, que também se tivesse consultado a população, para saber se a sociedade deseja o casamento homossexual, ou se, ao contrário, ele afronta os princípios éticos e morais do povo brasileiro. Se isso ocorresse, talvez se evidenciasse que o ideal em nosso país seria a regularização de uma união civil homossexual, a fim de garantir a toda pessoa o direito de constituir família e de ter seus direitos preservados, sem afrontar os ideais da maioria.

Particularmente, entendemos que, pelos motivos apresentados, melhor seria mesmo se houvesse no Brasil a regulamentação legal da união civil de pessoas do mesmo sexo, sem grandes diferenças com relação ao casamento, no que diz respeito aos direitos dos conviventes, mas preservando o caráter simbólico do matrimônio, como instituição social de interesse público, que visa, em geral, à procriação e à perpetuação da espécie humana, dentro de sólidos vínculos familiares.

Apesar de tudo, como o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que se aplicam à

¹³⁹ VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Superior Tribunal de Justiça: doutrina**. Edição comemorativa, 20 anos. Brasília, p. 561-581, 2009, p. 562.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 579-580.

união homossexual as disposições concernentes à união estável¹⁴¹, inclusive com possibilidade de constituição de matrimônio¹⁴², e o Supremo Tribunal Federal também já reconheceu a “união homoafetiva” como entidade familiar¹⁴³, as regras sucessórias aqui analisadas, relativas à união estável e ao casamento, aplicam-se igualmente às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Destarte, não procederemos a uma análise particular da matéria, haja vista que todas as considerações feitas ao longo deste trabalho acerca dos direitos dos cônjuges e companheiros poderão ser empregadas nos relacionamentos homossexuais que forem reconhecidos como entidades familiares.

1.4 CONCLUSÕES SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

A união de duas pessoas, ligadas pelo afeto, sempre existiu e continuará existindo, independentemente de seu reconhecimento, pelo Estado, como entidade familiar. Faz parte da natureza humana buscar uma companhia. No entanto, cabe ao ordenamento jurídico proteger essa relação, permitindo que produza seus regulares efeitos.

Houve época em que a convivência de duas pessoas não casadas era fortemente rejeitada pela lei, que não lhes fornecia nenhuma tutela jurídica. Com o passar do tempo, passou-se a tolerar a união de fato, sendo concedidos à concubina determinados direitos, sobretudo de natureza previdenciária. Aos poucos a doutrina e jurisprudência foram reconhecendo o concubinato como fato jurídico, ensejador da produção de efeitos que haviam de ser resguardados pelo ordenamento.

Diante da conjugação de esforço comum dos conviventes, não raro imaterial, entendeu-se que era preciso permitir a divisão do patrimônio conquistado durante a união,

¹⁴¹ STJ, REsp 827.962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011; REsp 1199667/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 04/08/2011; REsp 930.460/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 03/10/2011.

¹⁴² STJ, REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.

¹⁴³ STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001; ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341; RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287.

ainda que com a aplicação das regras do Direito das Obrigações. A existência de uma verdadeira sociedade de fato passou a receber alguma proteção jurídica.

Com a Constituição Federal de 1988, afastou-se, de uma vez por todas, o preconceito existente contra as relações concubinárias puras, não adulterinas, nem incestuosas. Reconheceu-se como entidade familiar, a ser protegida pelo Estado, a união estável entre homem e mulher.

Após vários anos, finalmente surgiu a primeira lei que viria regulamentar dois importantes direitos daquelas pessoas que viviam em união estável: a Lei n.º 8.971/94, que tratou do direito dos companheiros a alimentos e sucessão. Pouco tempo depois, foi aprovada a Lei n.º 9.278/96, com o propósito de regular o § 3.º do artigo 226 da Constituição Federal e criar um estatuto da união estável.

Por fim, o Código Civil de 2002 passou a disciplinar a união estável, em poucos e modestos artigos, que foram logo alvo de inúmeras críticas e geraram grandes dissensões doutrinárias.

Recentemente, com a modificação dos costumes e maior empenho pela defesa dos direitos das minorias, passou a haver grande luta para que a união homossexual também fosse resguardada como entidade familiar, o que acabou acontecendo, por meio de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Ambas as Cortes estenderam a aplicação dos artigos da legislação vigente, concernente à formação familiar, às uniões de pessoas do mesmo sexo, dando ensejo à união estável e ao casamento homossexual.

Vivemos em época de plena liberdade, em que cada pessoa pode decidir por si mesma se deseja ou não constituir família, em qualquer das suas modalidades. Não estamos livres, porém, das dúvidas gigantescas, que atormentam a mente dos estudiosos, notadamente quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais dessas relações.

Esta brevíssima síntese, do primeiro capítulo deste estudo, demonstra quão dinâmicas têm sido as transformações sociais, cabendo ao Direito o papel de proteger cada um dos sujeitos envolvidos nesse cenário conturbado e duvidoso, resultante das vicissitudes da vida em sociedade.

Sobretudo no campo do Direito das Sucessões, cujos efeitos se espriam no

momento do óbito de uma das pessoas que constituem a entidade familiar, é preciso a análise meticulosa dos dispositivos que regulamentam a família de fato.

2 HERDEIROS NECESSÁRIOS E DIREITO À LEGÍTIMA

O Código Civil vigente, no Capítulo II, do Título II – Da Sucessão Legítima, do Livro V – Do Direito das Sucessões, da Parte Especial, trata dos herdeiros necessários, nos artigos 1.845 a 1.850.

Além desses dispositivos, o Código ainda se refere a tais herdeiros no Capítulo I – Disposições Gerais, do Título I – Da Sucessão em Geral, ao estatuir: “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Herdeiros necessários, legitimários, forçosos ou reservatários, são aqueles a quem a lei busca proteger, garantindo-lhes uma parte da herança, chamada de legítima ou metade indisponível.

Neste capítulo, será considerado quem são esses herdeiros e por que eles se diferenciam dos demais, chamados de facultativos. Também será analisado seu direito sucessório a essa parcela específica da herança, da qual o testador não pode dispor em seu prejuízo.

Antes disso, porém, há que se observarem as espécies de sucessões, legítima e testamentária, bem como a ordem de vocação hereditária estabelecida pela legislação brasileira e de outros países, de modo a se perceber a importância que tem sido dada à família afetiva, matrimonial ou convivencial, em comparação com a família formada pelo parentesco. Observa-se a tendência de se valorizarem cada vez mais os laços amorosos¹⁴⁴, concedendo aos cônjuges — e, timidamente, aos companheiros — um espaço anteriormente ocupado apenas pelos parentes mais próximos.

¹⁴⁴ Explica Adriana Dabus Maluf: “Tal como vimos no decorrer do presente trabalho, incontestemente é a importância do sentimento amoroso para a formação das relações interpessoais, seja esta afinidade evidenciada no amor conjugal – ou relacional, no amor filial, no amor entre amigos – mormente denominada amizade). Íntima relação observou a valorização do sentimento amoroso para a formação da família que, sob uma ótica evolucionista, passou a apresentar-se em diversas formas, ultrapassando a visão tradicional da família casamentária, para abarcar formas novas sob a configuração de união estável, concubinária, monoparental, unipessoal, mosaico, eudemonista, homoafetiva”. (MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 487).

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES

Nos tempos mais remotos, o herdeiro tomava o lugar do falecido em todas as relações jurídicas. Substituía-o também nas relações religiosas, visto que por meio destas é que se estabeleceu o direito de propriedade, que visava à efetivação de um culto hereditário.¹⁴⁵ O sucessor era, outrossim, o continuador da religião, a fim de que o culto familiar não se extinguisse. Por conseguinte, continuava íntegro o patrimônio da família.¹⁴⁶

Durante séculos, em razão do fato de que ao herdeiro varão cabia o sacerdócio, a sucessão transmitiu-se apenas pela linha masculina, levando-se também em consideração, além da varonia, a primogenitura. Desprezava-se, na época, qualquer sentimento de equidade, ou seja, de aquinhoar igualmente os descendentes.¹⁴⁷

Um dos principais fundamentos do direito das sucessões é o direito de propriedade. Como expressa Washington de Barros Monteiro, propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém, mero usufruto.¹⁴⁸ Falecendo uma pessoa, portanto, seu direito de propriedade transmite-se aos seus herdeiros, que lhe sobrevivem.

O direito de propriedade é considerado um direito fundamental. De acordo com o artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal, garante-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos delineados em seus 78 incisos. Entre as projeções desses direitos fundamentais, o inciso XXII desse artigo garante mais uma vez a propriedade; e o inciso XXX garante especificamente o direito de herança.

Pode-se dizer, assim, que o direito sucessório também constitui um direito fundamental, que visa preservar a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), afetada

¹⁴⁵ “Assim como o filho é o natural e obrigatório continuador do culto, da mesma forma herda também os bens. Assim é que surgiu o princípio da hereditariedade [...]”. (COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 58).

¹⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 7, p. 16.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito das sucessões. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, p. 5.

¹⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 8.

pela morte de um familiar próximo.¹⁴⁹ A proteção da dignidade do herdeiro e da própria família é, outrossim, também um dos fundamentos do direito das sucessões.¹⁵⁰

2.1.1 Sucessão Legítima e Sucessão Testamentária

Direito das Sucessões pode ser definido como “o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos *bens* e *obrigações* de um indivíduo em consequência da sua morte”.¹⁵¹

O Direito Romano já admitia as duas formas de sucessão que conhecemos hoje em dia, a saber, por lei ou por vontade do falecido, sendo esta a mais comum, até diante da preocupação de sempre haver quem continuasse o culto familiar.¹⁵²

A sucessão legítima é denominada *ab intestato*, ou seja, sem testamento (proveniente da expressão “*ab intestato defuncto*”, i.e., morto sem deixar testamento). O herdeiro é chamado “*heres*”; a herança, “*hereditas*”; e o falecido, “*de cujus*”, título proveniente da expressão “*persona de cujus successione agitur*” (pessoa de cuja sucessão se trata).

Dentre os princípios que regem o Direito das Sucessões, encontra-se o da **liberdade de testar** (dispor dos bens em testamento).

O atual Direito das Sucessões resultou da fusão do Direito romano e do antigo Direito germânico, “o primeiro, com sua absoluta liberdade de testar, abrangendo todo o patrimônio do *de cujus*, e o segundo, ignorando o testamento, e, por isso, atribuindo a

¹⁴⁹ Conforme explica Arnaldo Rizzardo, apesar de múltiplas teorias a respeito, pode-se dizer que o ponto determinante da transmissão sucessória é a proteção aos membros familiares do falecido, visando dar-lhes segurança futura e garantir a vida material. (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12).

¹⁵⁰ Nesse sentido, a Constituição preocupa-se, sobretudo, com a proteção do cônjuge e dos filhos, como se depreende do inciso XXXI do seu artigo 5.º: “XXXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*”.

¹⁵¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1, p. 31.

¹⁵² Entretanto, é mister salientar que o testamento passa a ser conhecido em Roma só na época clássica, sendo desconhecido nos primórdios da história romana. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 8. ed., p. 3) Na Antiguidade, o direito de testar mostrava-se incompatível com a orientação religiosa, visto que a propriedade era inseparável do culto, ambos transmitidos ao filho varão. A partir da Lei das XII Tábuas, os testamentos passaram a ser mais utilizados. (Cf. NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 6, p. 198).

herança aos herdeiros legítimos do falecido”.¹⁵³

Dispõe o Código Civil brasileiro: “Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Prevê, assim, as duas formas de sucessão: a legítima, resultante da lei, e a testamentária, decorrente do testamento.

Importante frisar, porém, que não é absoluta a liberdade de testar. Determina o artigo 1.846 que pertence aos herdeiros necessários (ou seja, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge), de pleno direito, a metade dos bens da herança, os quais constituem a chamada “legítima”. Precisamos levar isso em consideração ao analisarmos a validade de um testamento e de suas cláusulas.

A liberdade de testar é atualmente limitada pelos princípios constitucionais da **dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1.º, III) e da **solidariedade** (CF, art. 3.º, I). Tais princípios refletem no direito sucessório, visando à proteção dos familiares do morto.

2.1.2 Ordem de Vocação Hereditária

Ordem da vocação hereditária, nas palavras claras de Jorge Shiguemitsu Fujita, “é o rol, fixado por lei, dos herdeiros a serem chamados, na hipótese de uma pessoa vir a falecer sem deixar testamento”.¹⁵⁴ É, assim, “a relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado”.¹⁵⁵ Ou, como a definia Clóvis Beviláqua:

Ordem legitima da vocação hereditaria é a distribuição, pela lei, dos successiveis em classes, que preferem umas às outras, na aquisição da herança, segundo a graduação, em que se acham collocadas. A organização dessas classes tem por base as relações da familia [...] A ordem da vocação hereditaria estabelecida pelo Codigo Civil brasileiro, distingue-se pela simplicidade; e corresponde, com a possivel exactidão, ao conceito da familia na sociedade para a qual se organizou: descendentes, ascendentes, conjuge, collaterais.¹⁵⁶

¹⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**, p. 9.

¹⁵⁴ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 71.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**, p. 94.

¹⁵⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Beviláqua**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 794.

Esse rol, fixado pela lei, estabelece a sequência dos herdeiros a serem chamados a receber a herança na hipótese de uma pessoa vir a falecer sem deixar testamento, sendo que a existência de herdeiro da classe antecedente exclui os da seguinte.

Desse modo, se o falecido, solteiro, deixou descendentes e ascendentes, apenas os primeiros recebem a herança. Se deixou pais e irmãos, estes nada recebem, pois a herança será transmitida preferencialmente aos ascendentes, de acordo com a ordem estabelecida na lei.

Esse era o sistema adotado no Código Civil de 1916, pelo qual “não se chamavam os integrantes da classe seguinte sem estar esgotada uma classe, portanto elas se apresentavam como que em compartimentos estanques; não havia interpenetração, não existia concorrência entre elas”.¹⁵⁷ Entretanto, como se verá na sequência, essa forma de convocar os herdeiros foi modificada no ano de 1962.

2.1.2.1 Sucessão no Código Civil de 1916

A transmissão do patrimônio do *de cuius* ocorre no momento da morte, por força da adoção do princípio da *saisine*. A respeito da origem desse princípio, explica Caio Mário da Silva Pereira:

Droit de saisine. Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit lê vif, son hoir de plus proche*. Daí ter a doutrina fixado por volta do século XIII, diversamente do sistema romano, o chamado *droit de saisine*, que traduz precisamente este imediatismo da transmissão dos bens, cuja propriedade e posse passam diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiro: *le mort saisit lê vif*.¹⁵⁸

Em harmonia com tal princípio, estabeleceu o Código Civil de 1916: “Art. 1.572.

¹⁵⁷ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

¹⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6, p. 19.

Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. O Código atual contém disposição no mesmo sentido: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Desses dispositivos, pode-se concluir que a legislação que determina a transmissão *causa mortis* do patrimônio de uma pessoa é aquela vigente ao tempo da abertura da sucessão, ou seja, no exato instante da sua morte. Por tal motivo, ainda é de grande importância a consideração da ordem prevista no Código Civil de 1916, que continua sendo aplicado nos processos de inventário e partilha de todos aqueles que faleceram durante sua vigência, ou seja, até 10 de janeiro de 2003. Consta do Código Civil de 1916:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes;

II – aos ascendentes;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais;

V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

De acordo com essa ordem, o cônjuge sobrevivente só tinha direito à herança se o falecido não deixasse descendentes, nem ascendentes. É o que se concluía também do disposto no artigo 1.611: “À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal”. Se o falecido tivesse filhos ou pais vivos, o cônjuge nada recebia como herança. Nesse sistema, “não se convocavam jamais, simultaneamente, herdeiros de classes diferentes”.¹⁵⁹

Nos termos do artigo 1.721 do Código revogado, o testador que tivesse descendente ou ascendente sucessível não poderia dispor de mais da metade de seus bens, visto que a outra pertencia de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constituía a legítima. O cônjuge, porém, não era considerado herdeiro necessário, do que se conclui que podia ser completamente excluído da sucessão, caso o autor da herança deixasse seus bens em testamento para outra pessoa.

Entretanto, a partir de 1962, com a entrada em vigor do chamado Estatuto da

¹⁵⁹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 23.

Mulher Casada — Lei n.º 4.121/62, valeu-se o legislador de novo mecanismo de proteção ao cônjuge sobrevivente.¹⁶⁰ Embora não fosse considerado herdeiro necessário na propriedade dos bens do falecido, foi-lhe destinado o usufruto de parte do patrimônio, desde que o regime matrimonial não fosse o da comunhão universal de bens. Isso ocorreu pela introdução do § 1.º no artigo 1.611 do Código Civil, com a seguinte redação:

§ 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do “*de cujus*”.

Esse dispositivo, de certo modo, modificou a ordem de vocação hereditária. A partir desse momento, admitiu-se no Brasil a concorrência sucessória entre herdeiros que até então ocupavam classes diferentes.

O direito de usufruto estava limitado aos casados por regime diverso da comunhão universal. Por outro lado, aos cônjuges que contraíram matrimônio sob esse regime, foi garantido o direito real de habitação, nos seguintes termos:

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Tais direitos reais de gozo ou fruição sobre coisa alheia representavam uma restrição ao direito de propriedade dos descendentes e ascendentes, que receberiam determinados bens como herança, mas não poderiam usufruí-los ou utilizá-los.

No caso de aplicação do § 1.º, os filhos receberiam a propriedade de três quartos do patrimônio e apenas a nua-propriedade sobre um quarto dos bens. No caso dos ascendentes, a restrição era maior, atingido a metade da herança.

Muito se discutiu sobre a natureza jurídica desse direito conferido ao cônjuge, concluindo Gustavo Tepedino que se tratava de usufruto vidual, hipótese típica de direito

¹⁶⁰ Anteriormente à Lei n.º 4.121/62, o Decreto-Lei n.º 5.187, de 13 de janeiro de 1943, alterando o artigo 17 do Decreto-lei n.º 3.200/41, sobre organização e proteção da família, destinou à brasileira, casada com estrangeiro sob regime que excluísse a comunhão universal, o usufruto vitalício de quarta parte dos bens deste, se houvesse filhos brasileiros do casal ou do marido, e de metade, se não os houvesse.

real, instituído *ex lege*, diverso das modalidades de desfrute legal inseridas no direito de família.¹⁶¹

O § 1.º do artigo 1.611, ao prever tal usufruto como direito sucessório do cônjuge, alterou a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.603, passando a complementá-la. A partir daí, o cônjuge casado sob regime diverso da comunhão universal passou a concorrer com os descendentes e os ascendentes do falecido, integrando, de alguma forma, a primeira e a segunda classes de herdeiros.

2.1.2.2 Sucessão no Código Civil de 2002

No Código Civil de 2002, o cônjuge alcançou muitas conquistas no plano sucessório, em decorrência da inovadora regulamentação da ordem de vocação hereditária, prevista no artigo 1.829 do diploma vigente:

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

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

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Ademais, o artigo 1.845 estabelece que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Nota-se, de plano, que uma das maiores inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 foi incluir expressamente o cônjuge no rol de herdeiros necessários (art. 1.845), bem como introduzi-lo nos incisos I e II do artigo que define a ordem de vocação hereditária, em concorrência com os descendentes e com os ascendentes (art. 1.829). Por meio dessa nova redação, o legislador afastaria qualquer dúvida que eventualmente pudesse ser levantada sobre a posição sucessória do cônjuge supérstite em nosso direito pátrio.

¹⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 33.

Entretanto, ao contrário do que possa parecer, não foi o Código de Miguel Reale que criou a concorrência sucessória entre o cônjuge e os parentes do falecido no Direito brasileiro. Como já considerado no tópico anterior, muito antes da elaboração desse diploma, o viúvo já concorria à herança com os descendentes e ascendentes do morto, por força do Estatuto da Mulher Casada, Lei n.º 4.121/62, que acrescentou dois parágrafos ao artigo 1.611 do Código Civil de Beviláqua, concedendo ao cônjuge sobrevivente o direito real de usufruto ou o direito real de habitação, a depender do regime de bens adotado no casamento.

A grande novidade do Código de 2002 foi ter concedido ao cônjuge a concorrência no direito de propriedade, ao inseri-lo diretamente no dispositivo que estipularia a ordem de vocação hereditária, ao lado dos parentes em linha reta descendente e ascendente. Embora a legislação anterior já permitisse a concorrência sucessória, não o fazia em propriedade, mas apenas em desdobramentos desse direito real pleno.¹⁶²

Com relação à fração hereditária destinada ao cônjuge, em concorrência com os descendentes, o artigo 1.832 lhe assegura “quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. Levando-se em consideração o espírito da lei, a doutrina tem sustentado que na concorrência com os descendentes a sucessão do cônjuge se restringe aos bens particulares do falecido.¹⁶³

Na sucessão com ascendentes, o artigo 1.837 dá ao cônjuge um terço da herança, se herdar juntamente com ambos os pais. Se concorrer com apenas o pai ou a mãe, ou com ascendente de maior grau (avós, bisavós, etc.), caberá ao cônjuge metade da herança.

O legislador do diploma brasileiro de 2002 não inseriu o companheiro diretamente na ordem de vocação hereditária, criando dispositivo autônomo para regular sua sucessão, o artigo 1.790, que permite a concorrência entre o companheiro e os parentes do

¹⁶² A propósito, já ressaltava Gustavo Tepedino: “Cremos que somente a sucessão hereditária em propriedade poderá representar benefício mais eficaz do que o usufruto vitalício. Neste sentido, o Projeto de Código Civil de 1975, em seu art. 1.872, merece aplauso por considerar o cônjuge herdeiro necessário, incluindo-o como sucessor universal da propriedade, juntamente com os descendentes e os ascendentes.” (TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 104).

¹⁶³ Dentre os vários autores que abordam o tema, podemos citar Aldemiro Rezende Dantas Júnior, que, de modo inteligível, explica que “a intenção clara do legislador foi a de, em princípio, não atribuir direito sucessório ao cônjuge sobrevivente em relação aos bens sobre os quais incide a meação, atribuindo-lhe tal direito apenas em relação aos bens particulares do *de cujus*”. (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 560).

falecido.¹⁶⁴

2.1.3 Ordem de Vocação Hereditária no Direito Estrangeiro

Ao fazermos uma breve incursão pelo direito estrangeiro, verificamos que o posicionamento do legislador brasileiro reflete a tendência de vários países, qual seja, de “dignificar a posição sucessória do cônjuge, quer através da sua colocação na primeira classe dos sucessíveis legítimos ou em tal posição que, qualquer que seja o grau de parentesco dos restantes co-herdeiros, o cônjuge não seja afastado da sucessão”.¹⁶⁵

Obviamente, o assunto é aqui tratado de modo exemplificativo, pois não pretendemos correr o risco de basearmos qualquer conclusão em comparações superficiais, desprezando as peculiaridades dos sistemas estrangeiros. Não é pelo fato de que em vários países o cônjuge tenha sido considerado herdeiro necessário, que o mesmo teria que ocorrer no Brasil. Nem podemos nos esquecer que a sucessão legitimária é regulamentada por meio de uma sistemática diversa em muitos países.

Não obstante a variedade de tratamento do tema, é de interesse notar a tendência sempre crescente de inclusão do cônjuge nas primeiras classes de herdeiros, em concorrência com os descendentes e ascendentes, acompanhada da modificação de sua posição, de antigo herdeiro facultativo, para herdeiro necessário. Isso ocorre, por exemplo, em Portugal, Itália, França, Alemanha, Suíça, Grécia e Argentina, países em que o viúvo concorre com os parentes em linha reta no direito de propriedade, ao mesmo tempo em que é considerado herdeiro necessário.

Na Espanha, o cônjuge aparece apenas na terceira classe da ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. Entretanto, concorre com esses parentes em linha reta, recebendo o usufruto de parte dos bens.

Obviamente, pode haver casos em que a atribuição ao cônjuge da qualidade de herdeiro reservatário tenha decorrido da intenção primária do legislador de impedir que o

¹⁶⁴ O artigo 1.790 será analisado no Capítulo 5.

¹⁶⁵ PITÃO, José António de França. **A Posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 13.

viúvo pudesse ser afastado por testamento, independentemente de concorrer ou não com os parentes em linha reta do falecido. No entanto, na maioria das vezes, essa mudança esteve atrelada à nova posição ocupada pelo cônjuge na ordem vocacional hereditária.

Também observamos que, aos poucos, alguns países vêm incluído o convivente na ordem de vocação hereditária, ao lado ou não do cônjuge supérstite, em concorrência com os parentes próximos do *de cuius*.

2.1.3.1 Direito Português

O Código Civil português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966, na sua redação original mantinha o cônjuge sobrevivente numa posição bastante desfavorecida: apenas como herdeiro legítimo, que sucedia na quarta classe dos sucessíveis do artigo 2133º, ou seja, somente na falta de descendentes, ascendentes e irmãos e seus descendentes.¹⁶⁶

O Decreto-Lei n.º 496, de 25 de novembro de 1977, modificando a redação da maioria dos artigos relativos à sucessão legítima, melhorou significativamente a posição do cônjuge.¹⁶⁷ Estabelece o artigo 2133º do Código Civil português, na sua redação atual:

ARTIGO 2133º (Classes de sucessíveis)

1. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adopção, é a seguinte:

- a) Cônjuge e descendentes;
- b) Cônjuge e ascendentes;
- c) Irmãos e seus descendentes;
- d) Outros colaterais até ao quarto grau;

¹⁶⁶ PITÃO, José António de França. **A Posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português**, p. 19.

¹⁶⁷ CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **A Evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do código civil. 2005. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, fl. 153. Acerca do tema, Inocêncio Galvão Telles explana que o Decreto-Lei n.º 496/77 “valorizou, justificadamente, a **posição da mulher no casamento**” e também “**valorizou o cônjuge, tanto masculino como feminino, colocando-o, na nova redacção do artigo 2132.º, à frente dos parentes e do Estado**, para assim realçar a grande importância da **instituição familiar** na vida social”. (TELLES, Inocêncio Galvão. **Sucessão legítima e sucessão legitimária**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 17-18).

e) Estado.

2. O cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe. [...].

Dentro da designação legítima, há o princípio da preferência de classes, decorrente do artigo 2314.º, pelo qual “os herdeiros de cada uma das classes sucessíveis preferem aos das classes imediatas”. Acerca dele, comenta Rabindranath Capelo de Sousa:

Estas classes ou grupos sucessórios vêm hierárquica e escalonadamente já referidos no art. 2133.º, n.º 1. Pelo que, os ascendentes só têm designação prevalente na falta de descendentes e de adoptado plenos e seus descendentes; os irmãos e sobrinhos do *de cuius* na falta de cônjuge, descendentes biológicos, adoptado pleno e seus descendentes, ascendentes e adoptados restritos e seus descendentes; etc. A preferência faz-se com absoluta e total exclusão das classes seguintes. Assim, um neto do *de cuius* (parente em 2.º grau, mas da 1.ª classe de sucessíveis) tem prioridade na designação legítima face ao pai do autor da sucessão (parente em 1.º grau, só que da 2.º classe).¹⁶⁸

A concorrência entre cônjuge e filhos é regulada pelo artigo 2139º, que determina a divisão da herança em tantas partes quantos forem os herdeiros, fazendo a ressalva, porém, de que a quota do cônjuge não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.¹⁶⁹

Pires de Lima e Antunes Varela¹⁷⁰ comentam que esse artigo, “que entroniza na primeira classe de sucessíveis simultaneamente o cônjuge e os descendentes do *de cuius*, é um preceito inteiramente novo, posterior ao Código de 1966”. Os autores acrescentam:

Esta ascensão do cônjuge sobrevivente na escala sucessória, quer no âmbito geral da sucessão legítima, quer no reduto da sucessão legitimária, é uma das mais **significativas alterações**, senão a mais importante de todas as **inovações**, introduzidas no direito civil pela reforma de 25 de Novembro de 1977.

A posição de supremacia atribuída ao cônjuge sobrevivente na arrecadação da **própria herança** do cônjuge falecido — traduzida na prioridade da sua designação na **escala dos sucessíveis (Sucessão do cônjuge e dos descendentes** — e não **Sucessão dos descendentes e do cônjuge**) e estendida à defesa intransigente da sua quota (art. 2139.º, n.º 1, *in fine*) — representa, de facto, o expoente mais elevado da conversão da **família**

¹⁶⁸ SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Lições de direito das sucessões**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. I, p. 241.

¹⁶⁹ ARTIGO 2139º (Regras gerais) 1. A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.

¹⁷⁰ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código Civil anotado: artigos 2024.º a 2334.º**. Coimbra: Coimbra, 1998. v. VI

patriarcal assente sobre o polígono da **parentela** na família **celular** ou **conjugal**, apoiada no casamento.¹⁷¹

José de Oliveira Ascensão¹⁷² discorre sobre a evolução da situação sucessória do cônjuge, descrevendo que, com a alteração trazida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, o cônjuge ora está na primeira classe sucessória, em concorrência com os descendentes, ora na segunda, em concorrência com os ascendentes. Acrescenta que o cônjuge deve ser considerado na terceira classe quando concorre sozinho na sucessão.

O artigo 2140º, ao tratar da sucessão dos descendentes a partir do segundo grau, prevê que os “descendentes dos filhos que não puderem ou não quiserem aceitar a herança são chamados à sucessão nos termos do artigo 2042º”. Este dispositivo, por sua vez, regula a sucessão do cônjuge com os ascendentes, prevendo que se “não houver descendentes e o autor da sucessão deixar cônjuge e ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança”.¹⁷³

Percebe-se que, diferentemente do Código Civil brasileiro (arts. 1.829, I, e 1.832), o diploma lusitano não vinculou a concorrência entre cônjuge e descendentes ao regime matrimonial de bens, além de ter destinado ao viúvo a quota mínima de um quarto, independentemente de ser ou não ascendente dos herdeiros com que concorre. Ademais, prescreveu que, na concorrência com os ascendentes, a quota do cônjuge sempre será de dois terços, sendo irrelevante o número de ascendentes e seu grau — no que também é mais vantajoso do que nossa legislação pátria (CC brasileiro, art. 1.837), que destina ao cônjuge apenas um terço da herança, em concorrência com ambos os genitores, ou metade, se concorrer com apenas um dos pais ou com os ascendentes de maior grau.

Além de melhorar significativamente a posição sucessória do cônjuge na ordem de vocação hereditária, a redação atual do Código Civil português também o incluiu entre os chamados herdeiros legitimários (art. 2157º)¹⁷⁴, ou seja, os que têm direito à legítima, porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos

¹⁷¹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código Civil anotado**: artigos 2024.º a 2334.º, p. 229-230.

¹⁷² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 341.

¹⁷³ ARTIGO 2142º (Regras gerais) 1. Se não houver descendentes e o autor da sucessão deixar cônjuge e ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança. 2. Na falta de cônjuge, os ascendentes são chamados à totalidade da herança. 3. A partilha entre os ascendentes, nos casos previstos nos números anteriores, faz-se segundo as regras dos artigos 2135º e 2136º.

¹⁷⁴ “ARTIGO 2157º (Herdeiros legitimários) São herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.”

herdeiros forçosos (art. 2156º)¹⁷⁵. De acordo com o artigo 2158º, a legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de “metade da herança”¹⁷⁶, e segundo o artigo 2159º, a legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de “dois terços da herança”.¹⁷⁷

José António de França Pitão critica o fato de que, apesar do princípio constitucionalmente reconhecido pela primeira parte do n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, no sentido de que todos têm direito a constituir família em condições de igualdade, o legislador ainda não codificou, de forma sistemática, a regulamentação da união de facto, “por forma a que esta constitua um instituto jurídico objecto de tratamento unitário e autónomo relativamente ao casamento, embora próximo deste”.¹⁷⁸

Luís A. Carvalho Fernandes¹⁷⁹ descreve, porém, que o regime de proteção, em geral, das uniões de fato, havia sido estabelecido pela Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, referindo-se apenas à situação jurídica de pessoas de sexos diferentes. Posteriormente, a Lei n.º 7/2001 veio rever o regime geral da “situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos” (Lei n.º 7/2001, art. 1.º, n.º 1). Esse novo regime, todavia, não prejudica as normas legais ou regulamentares anteriores, dirigidas à proteção jurídica da união de fato, segundo prevê o n.º 2 do mesmo artigo.

Se o membro da união de fato, proprietário da casa de morada comum, vier a falecer, o sobrevivente “tem **direito real de habitação**, pelo prazo de cinco anos, sobre a mesma, e, no mesmo prazo **direito de preferência** na sua venda, nas condições fixadas no artigo 4.º da Lei n.º 7/2001”.¹⁸⁰ Tem também o direito de exigir alimentos da herança do falecido quando não puder obter a prestação de alimentos dos seus próprios familiares,

¹⁷⁵ “ARTIGO 2156º (Legítima) Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários.”

¹⁷⁶ “ARTIGO 2158º (Legítima do cônjuge) A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança.”

¹⁷⁷ “ARTIGO 2159º (Legítima do cônjuge e dos filhos) 1. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança. 2. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais.”

¹⁷⁸ PITÃO, José António de França. **União de facto e economia comum**, p. 67.

¹⁷⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de direito das sucessões**. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2008.

¹⁸⁰ CHAVES, João Queiroga. **Casamento, divórcio e união de facto**. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 251.

conforme prevê os artigos 2009.º e 2020.º.¹⁸¹

Antunes Varela comentava, antes da Lei n.º 7/2001, que, fora do conjunto das fontes de relações jurídicas familiares, “uma outra **situação** (a das **uniões de facto ou uniões concubinárias**)” vinha progressivamente se afirmando, através de sucessivas alterações introduzidas no Código Civil. Segundo o autor, essas relações, “não sendo embora relações **familiares** (pois **família** legalmente constituída não há na sua base), são todavia reguladas pelo **direito de família**”.¹⁸²

2.1.3.2 Direito Espanhol

O Código Civil espanhol, em sua redação original, trazia a seguinte ordem de vocação hereditária: em primeiro lugar, os descendentes; em segundo, os ascendentes; em terceiro, conjuntamente, os colaterais, até o sexto grau, e o cônjuge sobrevivente; em quarto, o cônjuge sobrevivente.¹⁸³

Com a reforma realizada pela Lei n.º 11/1981, de 13 de maio de 1981, o cônjuge passou a ser chamado à sucessão antes que os colaterais.¹⁸⁴ A sucessão se dá, assim, em primeiro lugar, na linha reta descendente (art. 930)¹⁸⁵. Na falta de filhos e descendentes do

¹⁸¹ “ARTIGO 2009º (Pessoas obrigadas a alimentos) 1. Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada: a) O cônjuge ou o ex-cônjuge; b) Os descendentes; c) Os ascendentes; d) Os irmãos; e) Os tios, durante a menoridade do alimentando; f) O padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste. 2. Entre as pessoas designadas nas alíneas b) e c) do número anterior, a obrigação defere-se segundo a ordem da sucessão legítima. 3. Se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes. [...] ARTIGO 2020º (União de facto) 1. Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges, tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009º. 2. O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão”.

¹⁸² VARELA, Antunes. **Direito da família**. 5. ed. Lisboa: Petrony, 1999, p. 86.

¹⁸³ CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **A Evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do código civil, fl. 158.

¹⁸⁴ José Puig Brutau observa: “*Una de las más importantes innovaciones de la repetida Ley 11/1981, es la de dar total preferencia al cónyuge en la sucesión intestada, en relación con todos los colaterales*”. (BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de derecho civil**. 4. ed. Barcelona: Bosch, 1991. t. V; v. 3, p. 319). Tradução livre: Uma das mais importantes inovações da referida Lei 11/1981, é a de dar total preferência ao cônjuge na sucessão intestada, em relação a todos os colaterais.

¹⁸⁵ “*Artículo 930. La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente.*” Tradução livre: Artigo 930. A sucessão corresponde em primeiro lugar à linha reta descendente.

de cujus, herdam os ascendentes (art. 935)¹⁸⁶. Não havendo nenhum ascendente, a herança é conferida ao cônjuge: Artigo 944. Na falta de ascendentes e descendentes, e antes que os colaterais, sucederá em todos os bens do falecido o cônjuge sobrevivente.¹⁸⁷

Malgrado sua posição em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, o cônjuge tem direito de usufruto em concorrência com os parentes em linha reta, direito que lhe foi conferido pela Lei n.º 15/2005, de 8 de julho. Se concorrer com os descendentes, terá o usufruto sobre um terço do patrimônio (art. 834)¹⁸⁸. Não havendo descendentes, mas ascendentes, o cônjuge terá direito ao usufruto de metade da herança (art. 837)¹⁸⁹. Na falta de parentes em linha reta, o usufruto será de dois terços da herança (art. 838).¹⁹⁰

O artigo 807, por sua vez, inclui o cônjuge entre os herdeiros necessários¹⁹¹:

Art. 807. São herdeiros necessários:

- 1.º Os filhos e descendentes em relação a seus pais e ascendentes.
- 2.º À falta dos anteriores, os pais e ascendentes em relação a seus filhos e descendentes.
- 3.º O viúvo ou a viúva na forma e medida que estabelece este Código.¹⁹²

¹⁸⁶ “Artículo 935. A falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes.” Tradução livre: Artigo 935. À falta de filhos e descendentes do defunto lhe herdarão seus ascendentes.

¹⁸⁷ “Artículo 944. En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente.” Tradução livre: Artigo 944. Na falta de ascendentes e descendentes, e antes que os colaterais, sucederá em todos os bens do defunto o cônjuge sobrevivente.

¹⁸⁸ “Artículo 834. El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.” Tradução livre: Artigo 834. O cônjuge que ao morrer seu consorte não se achasse separado deste judicialmente ou de fato, se concorrer à herança com filhos ou descendentes, terá direito ao usufruto do terço destinado à melhora. (O direito à “*mejora*” é previsto no art. 823, que permite aos pais dispor em favor de um ou mais filhos de uma das duas terças partes destinadas à legítima).

¹⁸⁹ “Artículo 837. No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia.” Tradução livre: Artigo 837. Não existindo descendentes, mas sim ascendentes, o cônjuge sobrevivente terá direito ao usufruto da metade da herança.

¹⁹⁰ “Artículo 838. No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia.” Tradução livre: Artigo 838. Não existindo descendentes nem ascendentes, o cônjuge sobrevivente terá direito ao usufruto dos dois terços da herança.

¹⁹¹ Comentam Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón: “Determinados en el artículo 807 quiénes son los legitimarios en nuestro Código civil, los preceptos siguientes se preocupan de concretar el contenido de su derecho, que se calculará y atribuirá en la forma examinada en el epígrafe anterior. [...] La cuantía de la legítima del cónyuge viudo es variable, depende de quiénes sean los que concurren con él a la herencia.” (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**: derecho de familia, derecho de sucesiones. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 422-423). Tradução livre: Determinados no artigo 807 quem são os legitimários em nosso Código Civil, os preceitos seguintes se preocupam em concretizar o conteúdo de seu direito, que se calculará e atribuirá na forma examinada na epígrafe anterior. [...] A quantia da legítima do cônjuge viúvo é variável, depende de quais sejam os que concorram com ele à herança.

¹⁹² Tradução livre para o vernáculo. Texto original em espanhol: “Art. 807. Son herederos forzosos: 1º. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3º. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código”.

O legislador fixou a quota legitimária dos descendentes em dois terços da herança (art. 808)¹⁹³ e a dos ascendentes em metade, salvo quando concorrerem com o cônjuge viúvo, hipótese em que a legítima é fixada em dois terços da herança (art. 809).¹⁹⁴

Com relação à sucessão na família de fato, embora não exista uma regulação estatal, há uma pluralidade legislativa nas *Comunidades Autónomas*.¹⁹⁵ Susana Espada Mallorquín¹⁹⁶ sintetiza a matéria, explicando que se podem distinguir três grandes blocos. O primeiro é constituído pelas legislações que reconhecem expressamente direitos sucessórios ao convivente sobrevivente, com equiparação aos direitos sucessórios dos cônjuges. No segundo, atribuem-se ao convivente direitos sucessórios distintos dos matrimoniais. Por fim, num terceiro bloco, as regulações não estabelecem nenhuma disposição em matéria sucessória, sendo necessário interpretar se há uma lacuna legal, que precisa ser preenchida, ou se trata de uma omissão consciente, por parte do legislador, que não quis atribuir direitos sucessórios à família de fato.

Entre as comunidades que reconhecem legalmente os direitos sucessórios das uniões de fato, encontram-se Navarra, Baleares, País Basco, Galiza e Catalunha.¹⁹⁷ Segundo a regulação navarra, tanto o convivente quanto o cônjuge sucedem depois dos descendentes, dos irmãos bilaterais ou unilaterais, dos descendentes desses irmãos, por representação, e dos ascendentes, sendo chamados, porém, antes dos demais colaterais até o sexto grau e da Comunidade Foral de Navarra. Em Baleares, também se equiparam os direitos sucessórios do cônjuge e do convivente. A legislação basca só alude expressamente ao reconhecimento dos direitos sucessórios do convivente supérstite na

¹⁹³ “Artículo 808. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. [...]” (Tradução livre: Artigo 808. Constituem a legítima dos filhos e descendentes as duas terceiras partes do haver hereditário do pai e da mãe).

¹⁹⁴ “Artículo 809. Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.” (Tradução livre: Artigo 809. Constitui a legítima dos pais ou ascendentes a metade do haver hereditário dos filhos e descendentes, salvo o caso em que concorrerem com o cônjuge viúvo do descendente falecido, caso em que será de uma terceira parte da herança).

¹⁹⁵ Descreve Aura Nicuesa: “La realidad social presenta formas distintas de unión convivencial de carácter estable y familiar distintas del matrimonio, entre las que ha destacado en los últimos tiempos la pareja de hecho o familia natural. Esta unión goza en la actualidad de una regulación legal innovadora en el ámbito del derecho autonómico [...]”. (NICUESA, Aura Esther Vilalta. **Parejas de hecho**: uniones estables de pareja. Barcelona: Bosch, 2006, p. 9). Tradução livre: A realidade social apresenta formas distintas de união convivencial de caráter estável e familiar distintas do matrimônio, dentre as quais tem-se destacado nos últimos tempos a parceria de fato ou família natural. Esta união goza na atualidade de uma regulação legal inovadora no âmbito do direito das comunidades autónomas.

¹⁹⁶ MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**, p. 247.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 248-279.

sucessão testamentária, embora a regulamentação seja favorável à equiparação de direitos entre casamento e uniões de fato. Na comunidade autônoma da Galiza, não existe uma lei especial que trate das parcerias de fato, mas se permite a equiparação delas ao matrimônio, desde que isso seja expresso ao serem registradas no *Registro de Parejas de Hecho*. Na região catalã, a sucessão legítima só foi regulamentada em favor das pessoas do mesmo sexo, por se entender que elas não tinham a possibilidade de se casarem, enquanto os conviventes heterossexuais, caso desajassem, poderiam contrair matrimônio.

Em todas essas comunidades, o companheiro tem direito à sucessão legítima e legitimária. No extremo oposto desses reconhecimentos, porém, encontra-se Aragão, onde, por vontade expressa do legislador, o convivente supérstite não tem direito sucessório *ab intestato*. O legislador aragonês considerou que casamento e união de fato são situações diferentes, o que justifica que o companheiro não seja tratado igual ao cônjuge nessa comunidade.¹⁹⁸

2.1.3.3 Direito Italiano

O Código Civil italiano, de 1942, definia originalmente como herdeiros sucessíveis os descendentes legítimos e os adotivos, os filhos naturais, os ascendentes legítimos, os parentes colaterais até o sexto grau e o cônjuge. Este excluía somente os parentes colaterais a partir do quarto grau.¹⁹⁹ Na sua redação atual, o cônjuge concorre com os descendentes, os ascendentes e os irmãos do falecido, precedendo aos parentes colaterais a partir do terceiro grau.

A reforma do Direito de Família na Itália, pela Lei n.º 151, de 19 de maio de 1975, aboliu o usufruto e assegurou ao cônjuge uma participação na herança a título de propriedade, em concorrência com os descendentes do falecido. Nesse sentido, o artigo 189 dessa Lei deu nova redação ao artigo 581 do Código Civil italiano, para estabelecer o concurso entre cônjuge e descendentes.

¹⁹⁸ MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**, p. 282.

¹⁹⁹ CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **A Evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do código civil, f. 165.

Luigi Carraro²⁰⁰ relata que as soluções adotadas pela reforma de 1975 sobre a vocação do cônjuge constituem o ponto de chegada de um longo e moroso caminho, influenciado por elementos de ordem estritamente jurídica e por outros de ordem amplamente social e econômica, que têm refletido, na concepção da família, em si, e na sua função na sociedade.

Cumpre-nos salientar que o regime sucessório do supérstite, baseado na conexão entre os direitos hereditários e as relações patrimoniais entre os cônjuges, tem origem na legislação italiana.

O diploma italiano regula a sucessão legítima de modo apartado da sucessão legitimária. Esta corresponde à sucessão necessária, destinada ao cônjuge e aos parentes que não podem ser afastados por testamento da quota hereditária que a lei lhes reserva; aquela se refere à sucessão *ab intestato*, que segue um conjunto de regras que se aplicam na falta, invalidade ou ineficácia da disposição testamentária, abrangendo todos os bens do *de cuius* ou parte deles.²⁰¹

A sucessão legitimária constitui um limite à liberdade de testar, dotada de regras próprias e possuindo autonomia. De acordo com o parágrafo terceiro do artigo 457 do Código Civil italiano²⁰², as disposições testamentárias não podem prejudicar o direito que a lei reserva aos herdeiros legítimos.

Atualmente, o cônjuge é tratado como herdeiro legítimo (art. 536)²⁰³, garantido-

²⁰⁰ CARRARO, Luigi. **La Vocazione legittima alla successione**, p. 88 et seq.

²⁰¹ Explica Giovanni Falcione: “A rigore, anche la successione dei legittimari rientra nel novero della successione legittima, ma nel sistema legislativo l'espressione «successione legittima» è riferita alla particolare ipotesi in cui, mancando un testamento, la legge interviene a dettare i criteri in base ai quali individuare i soggetti che dovranno acquistare i diritti della persona defunta. In tal senso, può dirsi che la successione legittima ha carattere suppletivo rispetto a quella testamentaria.” (FALCIONE, Giovanni. **Successioni e donazioni**. 3 ed. Napoli: Simone, 2008, p. 77). Tradução livre: A rigor, a sucessão dos legítimos se enquadra na categoria da sucessão legítima, mas no sistema normativo a expressão “sucessão legítima” refere-se à particular hipótese em que, na ausência de um testamento, a lei intervém para ditar os critérios pelos quais identificar as pessoas que deverão adquirir os direitos da pessoa falecida. Nesse sentido, pode-se dizer que a sucessão legítima tem um caráter suplementar em relação àquela testamentária.

²⁰² “Art. 457 (*Delazione dell'eredità*) [...] *Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari* (Cod. Civ. 536 e seguenti)”. (Tradução livre: Art. 457 (Delação da herança) [...] As disposições testamentárias não podem prejudicar os direitos que a lei reserva aos legítimos (Código Civil, arts. 536 e seguintes).

²⁰³ “Art. 536 (*Legittimari*) *Le persone a favore delle quali la legge riserva (457, 549) una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi.* [...]” (Tradução livre: Art. 536 (Legítimos) As pessoas a favor das quais a lei reserva (arts. 457, 549) uma quota da herança ou outros direitos na sucessão são: o cônjuge, os filhos legítimos, os filhos naturais, os ascendentes legítimos).

se a ele, como quota de reserva, metade do acervo hereditário, salvo se em concurso com os filhos do *de cuius* (art. 540)²⁰⁴, quando se aplicarão as seguintes regras: se o falecido deixar, além do cônjuge, um filho, a legítima de cada um será de um terço da herança; se houver mais de um filho, a eles será reservada metade da herança, e ao cônjuge, um quarto (art. 542).²⁰⁵

Ao cônjuge também é reservado o direito de habitação do imóvel destinado à residência familiar e do uso da mobília que o acompanha (art. 540, segundo parágrafo).²⁰⁶ Esse benefício está sujeito a dois requisitos: primeiro, os bens devem ser de propriedade do falecido ou do casal; segundo, o imóvel deve ser aquele usado para a convivência habitual da família.²⁰⁷

Se não houver filhos, mas o falecido tiver ascendentes legítimos sobreviventes, a legítima destes será de um quarto da herança, e a do cônjuge, a metade (art. 544).²⁰⁸

²⁰⁴ “Art. 540 (*Riserva a favore del coniuge*) *A favore del coniuge (459) è riservata la metà del patrimonio dell'altro coniuge, salve le disposizioni dell'art. 542 per il caso di concorso con i figli. [...]*”. (Tradução livre: Art. 540 (Reserva em favor do cônjuge) Em favor do cônjuge (art. 459) é reservada a metade do patrimônio do outro cônjuge, salvo o disposto no art. 542, para o caso de concorrência com os filhos).

²⁰⁵ “Art. 542 (*Concorso di coniuge e figli*) *Se chi muore lascia, oltre al coniuge, un solo figlio, legittimo o naturale (459, 231, 258) a quest'ultimo è riservato un terzo del patrimonio ed un altro terzo spetta al coniuge. Quando i figli, legittimi o naturali, sono più di uno, ad essi è complessivamente riservata la metà del patrimonio e al coniuge spetta un quarto del patrimonio del defunto. La divisione tra tutti i figli, legittimi e naturali, è effettuata in parti uguali.*” (Tradução livre: Art. 542 (Concurso entre cônjuge e filhos) Se quem morre deixa, além do cônjuge, um único filho, legítimo ou natural (arts. 459, 231, 258) a este é reservado um terço do patrimônio e ao cônjuge o outro terço. Quando houver mais de um filho, sejam legítimos ou naturais, a eles é reservada conjuntamente a metade do patrimônio e ao cônjuge um quarto do patrimônio do defunto. A divisão entre todos os filhos, legítimos e naturais, é efetuada em partes iguais).

²⁰⁶ “Art. 540 (*Riserva a favore del coniuge*) [...] *Al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare (144), e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli.*” (Tradução livre: Art. 540 (Reserva em favor do cônjuge) [...] Ao cônjuge, mesmo quando chamado em concorrência com outros, são reservados o direito de habitação sobre a casa usada como residência familiar (art. 144) e o uso da mobília que a acompanha, se de propriedade do defunto ou comum. Tais direitos recaem sobre a porção disponível e, quando esta não for suficiente, o remanescente recai sobre a quota de reserva do cônjuge e eventualmente sobre a parte reservada aos filhos).

²⁰⁷ MINUSSI, Daniele. **Le Successione**. Napoli: Simone, 2008, p. 454-455. Segundo Daniele Minussi, o cônjuge, além de herdeiro, é também um legatário *ex lege*. (Ibidem, loc. cit.).

²⁰⁸ “Art. 544 (*Concorso di ascendenti legittimi e coniuge*) *Quando chi muore non lascia né figli legittimi né figli naturali, ma ascendenti legittimi e il coniuge (459), a quest'ultimo è riservata la metà del patrimonio, ed agli ascendenti un quarto. In caso di pluralità di ascendenti, la quota di riserva ad essi attribuita ai sensi del precedente comma è ripartita tra i medesimi secondo i criteri previsti dall'art. 569.*” (Tradução livre: Art. 544 (Concurso entre ascendentes legítimos e cônjuge) Quando quem morre não deixa filhos legítimos nem filhos naturais, mas ascendentes legítimos e cônjuge (art. 459), a este último é reservada a metade do patrimônio, e aos ascendentes um quarto. Em caso de pluralidade de ascendentes, a quota de reserva desses, atribuída nos termos do parágrafo anterior, é repartida entre eles segundo o critério previsto no art. 569).

Já na sucessão legítima, diante da ausência de testamento, aplica-se o disposto no artigo 581 do *Codice Civile Italiano*, que estabelece a concorrência do cônjuge com os descendentes, nos seguintes termos: Artigo 581 (Concurso do cônjuge com os filhos) Quando com o cônjuge concorrerem filhos legítimos ou filhos naturais, ou filhos legítimos e naturais, o cônjuge tem direito à metade da herança, se concorrer à sucessão apenas um filho, e a um terço nos demais casos.²⁰⁹ A regra, portanto, é a seguinte: se o cônjuge herdar juntamente com um filho, ser-lhe-á destinada metade da herança; se concorrer com dois ou mais filhos, terá direito a um terço dela.

O artigo 582, por seu turno, prevê a concorrência do cônjuge com os ascendentes legítimos, irmãos e irmãs do falecido, hipóteses em que o viúvo terá direito a dois terços da herança, e os parentes, a apenas um terço.²¹⁰

O artigo 583 estabelece a sucessão exclusiva do cônjuge no caso de ausência de filhos, ascendentes e irmãos.²¹¹ Neste caso, ao cônjuge será destinada a totalidade da herança.²¹²

2.1.3.4 Direito Francês

Segundo a redação original do artigo 731 do *Code Civil français*, eram herdeiros do

²⁰⁹ Tradução livre para o vernáculo do seguinte texto original em italiano: “Art. 581 (*Concorso del coniuge con i figli*) Quando con il coniuge concorrono figli legittimi o figli naturali, o figli legittimi e naturali (257), il coniuge ha diritto alla metà dell'eredità, se alla successione concorre un solo figlio, e ad un terzo negli altri casi.”

²¹⁰ “Art. 582 (*Concorso del coniuge con ascendenti legittimi, fratelli e sorelle*) Al coniuge sono devoluti i due terzi dell'eredità se egli concorre con ascendenti legittimi o con fratelli e sorelle anche se unilaterali (459), ovvero con gli uni e con gli altri. In questo ultimo caso la parte residua è devoluta agli ascendenti, ai fratelli e alle sorelle, secondo le disposizioni dell'art. 571, salvo in ogni caso agli ascendenti il diritto a un quarto della eredità.” (Tradução livre: Art. 582 (Concurso do cônjuge com ascendentes legítimos, irmãos e irmãs) Ao cônjuge são atribuídos dois terços da herança em concorrência com ascendentes legítimos ou com irmãos e irmãs, mesmo se unilaterais (art. 459), com um ou com outro. Neste último caso, o restante é devolvido aos ascendentes, aos irmãos e às irmãs, segundo o disposto no art. 571, ressalvado em qualquer caso, aos ascendentes, o direito a um quarto da herança).

²¹¹ “Art. 583 (*Successione del solo coniuge*) In mancanza di figli legittimi o naturali, di ascendenti, di fratelli o sorelle, al coniuge si devolve tutta l'eredità.” (Tradução livre: Art. 583 (Sucessão exclusiva do cônjuge) Na ausência de filhos legítimos ou naturais, de ascendentes, de irmãos ou irmãs, ao cônjuge é devolvida toda a herança).

²¹² “Art. 583 (*Successione del solo coniuge*) In mancanza di figli legittimi o naturali, di ascendenti, di fratelli o sorelle, al coniuge si devolve tutta l'eredità.” Tradução livre para o vernáculo: 583. Sucessão exclusiva do cônjuge. Na falta de filhos legítimos ou naturais, de ascendentes, de irmãos ou irmãs, ao cônjuge se devolve toda a herança.

falecido seus filhos e demais descendentes, os ascendentes, os parentes colaterais e o cônjuge sobrevivente, segundo a ordem e de acordo com as regras estabelecidas nos artigos seguintes.²¹³

A ordem de vocação hereditária era regulada em diversos dispositivos, de redação bastante complexa. De acordo com o artigo 745, herdavam primeiramente os filhos ou seus descendentes. Pelo artigo 748, se o falecido não deixasse descendentes, mas lhe sobrevivessem seus pais, estes herdariam, porém em concorrência com os irmãos ou sobrinhos do falecido, se existissem. Nos termos do artigo 750, se o falecido não deixasse nem descendentes nem pais, seus irmãos, irmãs ou seus descendentes eram chamados à sucessão, com exclusão dos ascendentes e outros colaterais. Segundo o que dispunha o artigo 746, se o defunto não deixasse descendentes, nem irmão nem irmã, nem descendentes destes, a herança seria dividida entre os ascendentes da linha paterna e materna.

Em consonância com o que prescrevia o artigo 765, apenas na ausência de descendentes, ascendentes, irmãos e descendentes destes é que o cônjuge herdaria a propriedade dos bens do falecido, porém em concorrência com os colaterais que ainda houvesse.²¹⁴ Pelo artigo 755, poderiam herdar os parentes colaterais até o décimo grau.²¹⁵

A fim de não deixar o cônjuge completamente desamparado nas demais hipóteses,

²¹³ “Article 731. Les successions sont déferées aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants, à ses parents collatéraux et à son conjoint survivant, dans l'ordre et suivant les règles ci-après déterminées.” Tradução livre para o vernáculo: Art. 731. As sucessões são deferidas aos filhos e descendentes do falecido, aos seus ascendentes, aos seus parentes colaterais e ao seu cônjuge sobrevivente, na ordem e de acordo com as regras seguintes determinadas.

²¹⁴ “Article 765. Lorsque le défunt ne laisse pas de parenté au degré successible, ou s'il ne laisse que des collatéraux autres que des frères ou soeurs ou des descendants de ceux-ci, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint non divorcé qui lui survit et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée.” Tradução livre para o vernáculo: Quando o falecido não deixa parente em grau sucessível, ou se deixa apenas colaterais que não sejam irmãos ou irmãs, nem descendentes destes, os bens da sua sucessão pertencem em plena propriedade ao cônjuge não divorciado que lhe sobreviva e contra quem não exista julgamento de separação de corpo transitada em julgado.

²¹⁵ “Article 755. Les parents collatéraux au-delà du sixième degré ne succèdent pas, à l'exception, toutefois des descendants des frères et soeurs du défunt. Toutefois, les parents collatéraux succèdent jusqu'au douzième degré lorsque le défunt n'était pas capable de tester et n'était pas frappé d'interdiction légale. A défaut de parents au degré successible dans une ligne et de conjoint contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout.” Tradução livre para o vernáculo: Art. 755. Os parentes colaterais além do sexto grau não sucedem, à exceção, entretanto, de descendentes de irmãos e irmãs do falecido. Entretanto, os parentes colaterais sucedem até o décimo segundo grau quando o falecido não era capaz de testar e não era interditado. Na falta de parentes em grau sucessível em uma linha e do cônjuge contra o qual não existe julgamento de separação de corpos transitada em julgado, os ascendentes da outra linha sucedem em tudo.

o artigo 767 lhe concedia o direito de usufruto, que seria de uma quarta parte, se o defunto deixasse filhos, e de metade, se o defunto deixasse irmãos, descendentes destes, ascendentes ou filhos naturais concebidos durante o matrimônio.

Entretanto, a lei ainda ressaltava que o cônjuge sobrevivente só poderia exercer seu direito sobre os bens que o autor da herança não tivesse disposto, nem por ato entre vivos nem por testamento, e sem prejudicar os direitos dos legitimários. Também não poderia exercê-lo no caso em que tivesse recebido do defunto liberalidades, cujo valor alcançasse o dos direitos que lhe atribuía a lei.

Como se percebe, a posição sucessória do cônjuge no Código Napoleônico era extremamente desfavorecida. Somente com a Lei n.º 2001-1135, de 3 de dezembro de 2001, isso veio a ser alterado, com a nova regulamentação sobre os direitos do cônjuge sobrevivente e dos filhos nascidos fora do casamento, modernizando as disposições sucessórias do Código Civil.

A partir da entrada em vigor dessa lei, em 1.º de julho de 2002, o Código Civil francês recebeu a seguinte redação, quanto à ordem de vocação hereditária:

Art. 734. Na ausência de cônjuge sucessível, os parentes são chamados a suceder como segue:

- 1.º Filhos e seus descendentes;
- 2.º Pai e mãe, irmãos e irmãs e seus descendentes;
- 3.º Outros ascendentes, além dos pais;
- 4.º Colaterais, além dos irmãos e seus descendentes.

Cada uma destas quatro categorias constitui uma ordem de herdeiros que exclui as seguintes.²¹⁶

Esse dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com os que tratam da sucessão do cônjuge, em especial, o artigo 756, que reza: “O cônjuge sucessível é chamado à sucessão, sozinho ou em concorrência com os parentes do falecido.”²¹⁷ Quanto à concorrência com os descendentes, estabelece o artigo 757:

²¹⁶ Tradução livre para o vernáculo. Texto original, em francês: “Article 734. En l'absence de conjoint successible, les parents sont appelés à succéder ainsi qu'il suit: 1º Les enfants et leurs descendants; 2º Les père et mère; les frères et soeurs et les descendants de ces derniers; 3º Les ascendants autres que les père et mère; 4º Les collatéraux autres que les frères et soeurs et les descendants de ces derniers. Chacune de ces quatre catégories constitue un ordre d'héritiers qui exclut les suivants”.

²¹⁷ Tradução livre para o vernáculo. Texto original, em francês: “Article 756. Le conjoint successible est appelé à la succession, soit seul, soit en concours avec les parents du défunt”.

Artigo 757. Se o cônjuge falecido deixa filhos ou descendentes, o cônjuge sobrevivente recebe, à sua escolha, o usufruto de todos os bens existentes ou a propriedade de um quarto dos bens, quando todos os filhos forem de ambos os cônjuges, e a propriedade de um quarto, na presença de um ou mais filhos que não sejam de ambos os cônjuges.²¹⁸

O artigo 757-1 regula a concorrência do cônjuge com os pais do *de cujus*, destinando-lhe metade da herança, se sobreviverem ambos os genitores, ou três quartos, se concorrer com apenas um deles.²¹⁹

Por fim, o artigo 757-2 prevê que, se o falecido não deixar descendentes nem pais, a sucessão será destinada inteiramente ao cônjuge sobrevivente.²²⁰ O artigo 757-3, porém, ressalva que os bens que o falecido tiver eventualmente recebido de seus pais premortos serão destinados aos seus irmãos ou aos descendentes destes.²²¹

Quanto à reserva hereditária, estabelece o artigo 912 do Código Civil francês, com a redação dada pela Lei n.º 2006-728 de 23 de junho de 2006:

Art. 912. A reserva hereditária é a parte dos bens e direitos sucessórios cuja devolução livre de encargos a lei assegura a certos herdeiros ditos reservatários, se forem chamados à sucessão e a aceitarem.

A parte disponível é a parte dos bens e direitos sucessórios que não é

²¹⁸ Tradução livre para o vernáculo. Texto original, em francês: “Article 757. Si l'époux prédécédé laisse des enfants ou descendants, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux.”

²¹⁹ “Article 757-1. Si, à défaut d'enfants ou de descendants, le défunt laisse ses père et mère, le conjoint survivant recueille la moitié des biens. L'autre moitié est dévolue pour un quart au père et pour un quart à la mère. Quand le père ou la mère est prédécédé, la part qui lui serait revenue échoit au conjoint survivant.” Tradução livre para o vernáculo: Art. 757-1. Se, na ausência de filhos ou de descendentes, o falecido deixa seu pai e sua mãe, o cônjuge sobrevivente recolhe a metade dos bens. A outra metade é destinada em um quarto ao pai e um quarto à mãe. Quando o pai ou a mãe tiver morrido, a parte que lhe seria destinada é entregue ao cônjuge sobrevivente.

²²⁰ “Article 757-2. En l'absence d'enfants ou de descendants du défunt et de ses père et mère, le conjoint survivant recueille toute la succession.” Tradução livre para o vernáculo: Artigo 757-2. Na ausência de filhos ou descendentes do falecido e de seu pai e sua mãe, o cônjuge sobrevivente recebe toda a herança.

²²¹ “Article 757-3. Par dérogation à l'article 757-2, en cas de prédécès des père et mère, les biens que le défunt avait reçus de ses ascendants par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession sont, en l'absence de descendants, dévolus pour moitié aux frères et soeurs du défunt ou à leurs descendants, eux-mêmes descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission.” Tradução livre para o vernáculo: Art. 757-3. Não obstante o artigo 757-2, quando o falecido morrer antes do pai e da mãe, os bens que tiver recebido de seus ascendentes por sucessão ou doação e que se encontrarem na sucessão serão, na ausência de descendentes, divididos entre os irmãos e irmãs do falecido ou seus descendentes, se eles forem descendentes dos pais premortos no momento da transmissão.

reservada pela lei e que o falecido pode dispor livremente por meio de liberalidades.²²²

De acordo com o artigo 913, as liberalidades, quer por atos entre vivos, quer por testamento, não podem exceder a metade dos bens do testador, se ele deixa com sua morte um filho; um terço, se ele deixa dois filhos; um quarto, se ele deixa três ou mais filhos.²²³

O artigo 914-1, por sua vez, enuncia que as liberalidades, por ato entre vivos ou por testamento, não podem exceder três quartos dos bens se, na ausência de descendente, o falecido deixa um cônjuge sobrevivente, não divorciado.²²⁴ O artigo 916 complementa esse dispositivo, ao declarar que somente na falta de descendente e de cônjuge sobrevivente não divorciado, as liberalidades por atos entre vivos ou testamentárias podem esgotar a totalidade dos bens.²²⁵ Desses preceitos decorre a posição do cônjuge de herdeiro necessário, junto com os descendentes do falecido.

Além do casamento, o modelo francês se caracteriza por contemplar em seu Código Civil outros dois tipos diferentes de situações no âmbito das relações afetivas: o concubinato e o pacto civil de solidariedade. O diploma francês só define o concubinato mas não reconhece direito algum aos membros que mantêm este tipo de relação, nem mesmo de caráter sucessório.²²⁶

Quanto à sucessão dos conviventes, Jean Maury²²⁷ explica que, embora o titular de uma união civil não seja um cônjuge, no sentido legal do termo, a evolução da legislação tende a aproximá-los um do outro. O autor elucida que, no início, o chamado “PACS” (Pacto Civil de Solidariedade) foi concebido essencialmente como um instituto em

²²² Tradução livre para o vernáculo. Texto original, em francês: “Article 912. *La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités.*”

²²³ Tradução livre para o vernáculo. Texto original, em francês: “Article 913. *Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.*”

²²⁴ Tradução livre para o vernáculo. Texto original, em francês: “Article 914-1. *Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé.*”

²²⁵ Tradução livre para o vernáculo. Texto original, em francês: “Article 916. *A défaut de descendant et de conjoint survivant non divorcé, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens.*” (Redação dada pela Lei n.º 2006-728 de 23 de junho de 2006. Na redação anterior, dada pela Lei n.º 2001-1135, de 3 de dezembro de 2001, além dos descendentes e do cônjuge, os ascendentes também eram incluídos no artigo).

²²⁶ MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**, p. 150-151.

²²⁷ MAURY, Jean. **Successions et libéralités**. 7. ed. Paris: Litec, 2009, passim.

substituição ao casamento, a ser utilizado pelos casais do mesmo sexo, para quem o matrimônio foi proibido (como é o caso da França, apesar de outros países europeus o aceitarem). Todavia, a lei também abriu a possibilidade de que pessoas do sexo oposto adotassem essa forma de união, que acabou sendo um verdadeiro sucesso, em razão do declínio da instituição matrimonial.

Leis posteriores estenderam ao pacto civil cada vez mais vantagens que antes eram oferecidas apenas às pessoas casadas. Com relação ao direito sucessório, porém, subsiste uma diferença importante: a união civil não confere ao convivente a qualidade de herdeiro legítimo, muito menos de legitimário.

O sobrevivente só receberá algum bem de seu parceiro se este tomar a iniciativa de beneficiá-lo, por doação ou testamento. Entretanto, a Lei de 23 de junho de 2006 estendeu aos titulares do pacto civil o benefício do direito temporário de moradia, por acrescentar ao artigo 515-6 do Código Civil francês uma alínea prevendo que eles poderiam se valer dos dois primeiros parágrafos do art. 763 do mesmo diploma, que concedem ao cônjuge o direito de permanecer gratuitamente, durante um ano, no imóvel por ele ocupado.

A extensão ao parceiro sobrevivente de tal direito revela a vontade da lei de assegurar a ele certa estabilidade material e também psicológica, durante o período após o luto. Conforme esclarece Wilfried Baby²²⁸, trata-se, assim como se dá com o cônjuge, de uma proteção resultante de um espírito humanitário.

2.1.3.5 Direito Alemão

O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), Código Civil alemão, trata da ordem vocação hereditária a partir do § 1924, dispositivo que coloca os descendentes na primeira classe sucessória.²²⁹ Na segunda classe da ordem de vocação hereditária, de acordo com o que

²²⁸ BABY, Wilfried. **La Protection du concubin survivant**. Paris: Defrénois, 2009, p. 91.

²²⁹ “§ 1924 Gesetzliche Erben erster Ordnung (1) Gesetzliche Erben der ersten Ordnung sind die Abkömmlinge des Erblassers. [...]” Tradução livre: § 1924 Herdeiro legítimos de primeira ordem (1) Herdeiros legítimos de primeira ordem são os descendentes do autor da herança.

estabelece o § 1925, estão os pais e seus descendentes.²³⁰ Encontram-se na terceira classe os avós e seus descendentes, como dispõe o § 1926.²³¹ Na quarta classe, segundo o § 1928, estão os bisavós e seus descendentes.²³² Por fim, o § 1929 chama à sucessão os demais ascendentes e seus descendentes.²³³

Em harmonia com o § 1931, o cônjuge é chamado a concorrer com todos os parentes das duas primeiras classes e também com os avós, que se encontram na terceira classe, recebendo um quarto da herança se concorrer com parentes da primeira classe, ou metade, nos demais casos. Diante da inexistência de parentes da primeira e da segunda ordem, bem como dos avós, o cônjuge supérstite recebe toda a herança.²³⁴

Quanto à sucessão necessária, preceitua o § 2303 do Código Civil alemão:

§ 2303 Legitimários; valor da legítima

(1) Se um descendente do *de cuius* for excluído da sucessão por uma disposição *causa mortis*, pode exigir do herdeiro a legítima. A legítima consiste na metade do valor da herança legal.

(2) O mesmo direito cabe aos pais e ao cônjuge do *de cuius*, se forem

²³⁰ “§ 1925 *Gesetzliche Erben zweiter Ordnung (1) Gesetzliche Erben der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. [...]*” Tradução livre: § 1925 Herdeiros legítimos de segunda ordem (1) Herdeiros legítimos de segunda ordem são os pais do autor da herança e os descendentes destes.

²³¹ “§ 1926 *Gesetzliche Erben dritter Ordnung (1) Gesetzliche Erben der dritten Ordnung sind die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. [...]*” Tradução livre: § 1926 Herdeiros legítimos de terceira ordem (1) Herdeiros legítimos de terceira ordem são os avós do autor da herança e os descendentes destes.

²³² “§ 1928 *Gesetzliche Erben vierter Ordnung (1) Gesetzliche Erben der vierten Ordnung sind die Urgroßeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. [...]*” Tradução livre: § 1928 Herdeiros legítimos de quarta ordem (1) Herdeiros legítimos de quarta ordem são os bisavós do autor da herança e os descendentes destes).

²³³ “§ 1929 *Fernere Ordnungen (1) Gesetzliche Erben der fünften Ordnung und der ferneren Ordnungen sind die entfernten Voreltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. [...]*” Tradução livre: § 1929 Ordens ulteriores (1) Herdeiros legítimos de quinta ordem e de ordens mais remotas são os ascendentes mais distantes do autor da herança e os descendentes destes.

²³⁴ “§ 1931 *Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten (1) Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde. (2) Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft. [...]*” Tradução livre: Direito legal de herança do cônjuge (1) O cônjuge supérstite do autor da herança é chamado a concorrer como herdeiro legítimo com os parentes da primeira ordem a um quarto da herança, e com os parentes de segunda ordem ou com os avós do autor da herança a metade da herança. (2) Se não houver parentes da primeira ordem, nem da segunda, nem avós, o cônjuge supérstite recebe toda a herança.

excluídos da sucessão por uma disposição *causa mortis*. As disposições do § 1371 não são afetadas. (grifo do autor).²³⁵

O cônjuge, como se vê, é considerado herdeiro necessário, tendo direito à legítima, ao lado dos descendentes e dos ascendentes.

O § 1371, citado pelo dispositivo, trata da participação do cônjuge, em caso de morte, nos adquiridos, que correspondem à importância que o patrimônio final de um cônjuge excede ao patrimônio inicial, existente quando teve início o regime de bens. De acordo com esse parágrafo, se o regime de bens terminar pela morte de um cônjuge, o outro terá direito à participação nesse aumento patrimonial, concretizada mediante o incremento da quota hereditária legal do supérstite em um quarto da herança.

Com relação à união de fato, há que se diferenciar a situação entre as uniões heterossexuais e homossexuais. Estas últimas foram disciplinadas pelo parágrafo 10 da *Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 16 de fevereiro de 2001, com uma regulação específica no caso de serem registradas.

Explica Susana Espada Mallorquín²³⁶ que as uniões alemãs registradas têm o dever de cuidado mútuo, direitos hereditários, possibilidade de permanência do convivente supérstite na habitação familiar em caso de falecimento do titular, seguro médico, alimentos, etc. Entretanto, diferentemente do matrimônio, não podem adotar, não têm o mesmo tratamento fiscal dos casados e se presume a separação de bens na ausência de pacto por instrumento notarial. A lei teve por objetivo reduzir a discriminação das relações entre pessoas do mesmo sexo, permitindo-lhes expressar seu compromisso e aceitar suas responsabilidades.

Quanto às relações heterossexuais, não existe uma regulação específica, apenas algumas poucas reformas legislativas, equiparando o convivente ao cônjuge em matéria de seguridade social, e, excepcionalmente, a aplicação de princípios jurisprudenciais.

²³⁵ Tradução livre para o vernáculo. Texto original em alemão: “§ 2303 *Pflichtteilsberechtigte; Höhe des Pflichtteils* (1) Ist ein Abkömmling des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann er von dem Erben den Pflichtteil verlangen. Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. (2) Das gleiche Recht steht den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers zu, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind. Die Vorschrift des § 1371 bleibt unberührt.”

²³⁶ MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**, p. 159.

2.1.3.6 Direito Suíço

De acordo com o artigo 457 do Código Civil suíço, os descendentes vêm em primeiro lugar na sucessão.²³⁷ Em seguida, o pai e a mãe do falecido, que, se forem premortos, podem ser representados pelos descendentes deles (art. 458).²³⁸ Em terceiro lugar, vêm os avós, que também podem ser representados por seus descendentes em caso de premorte (art. 459).²³⁹

O artigo 462, por sua vez, trata da sucessão do cônjuge e do convivente em parceria registrada, com redação dada pela Lei Federal de 5 de outubro de 1984²⁴⁰, em vigor desde 1.º de janeiro de 1988, e pelo Anexo à Lei Federal de 18 de junho de 2004, sobre Parcerias

²³⁷ “Art. 457 (A. *Les parents. I. Les descendants*) 1 *Les héritiers les plus proches sont les descendants. 2 Les enfants succèdent par tête. 3 Les enfants prédécédés sont représentés par leurs descendants, qui succèdent par souche à tous les degrés.*” Tradução livre: Art. 457 (A. Os parentes. I. Os descendentes) 1 Os herdeiros mais próximos são os descendentes. 2. Os filhos sucedem por cabeça. 3. Os filhos premortos são representados por seus descendentes, que sucedem por estirpe em todos os graus.

²³⁸ “Art. 458 (II. *La parentèle des père et mère*) 1 *Les héritiers du défunt qui n’a pas laissé de postérité sont le père et la mère. 2 Ils succèdent par tête. 3 Le père et la mère prédécédés sont représentés par leurs descendants, qui succèdent par souche à tous les degrés. 4 A défaut d’héritiers dans l’une des lignes, toute la succession est dévolue aux héritiers de l’autre.*” Art. 458 (II. Pai e mãe) 1 Os herdeiros do falecido que não deixa descendentes são o pai e a mãe. 2. Eles sucedem por cabeça. 3. O pai e a mãe premortos são representados por seus descendentes, que sucedem por estirpe em todos os graus. 4. Na ausência de herdeiros em uma das linhas, toda a sucessão é devolvida aos herdeiros da outra.

²³⁹ “Art. 459 (III. *La parentèle des grands-parents*) 1 *Les héritiers du défunt qui n’a laissé ni postérité, ni père, ni mère, ni descendants d’eux, sont les grands-parents. 2 Ils succèdent par tête, dans chacune des deux lignes. 3 Le grand-parent prédécédé est représenté par ses descendants, qui succèdent par souche à tous les degrés. 4 En cas de décès sans postérité d’un grand-parent de la ligne paternelle ou maternelle, sa part échoit aux héritiers de la même ligne. 5 En cas de décès sans postérité des grands-parents d’une ligne, toute la succession est dévolue aux héritiers de l’autre.*” Tradução livre: Art. 459 (III. Os avós) 1 Os herdeiros do falecido que não deixa nem descendentes, nem pai, nem mãe, nem descendentes deles, são os avós. 2 Eles sucedem por cabeça, em cada uma das duas linhas. 3 O avô premorto é representado por seus descendentes, que sucedem por estirpe em todos os graus. 4 Em caso de premorte de um avô sem descendentes, da linha paterna ou materna, sua parte é destinada aos herdeiros da mesma linha. 5 Em caso de premorte de ambos os avós de uma linha, toda a sucessão é devolvida aos herdeiros da outra.

²⁴⁰ Marta Pérez Escolar discorre acerca das razões da reforma: “*El fin principal de la reforma, incrementar los derechos del cónyuge en la herencia del causante, vino determinado por la preocupación del legislador por mantenerle en su anterior nivel de vida, la cual, favorecida por el debilitamiento de los vínculos de sangre con relación a los parientes que de ordinario no conviven en la misma célula conyugal y por el aumento de la esperanza de vida, no se consideró tampoco obstaculizada por la necesidad de que los bienes permanecieran en la familia de procedencia, pues no son tales bienes de origen familiar sino los ganados o adquiridos por el propio difunto a lo largo de su vida los que normalmente componen de una manera mayoritaria los patrimonios hereditarios*”. (ESCOLAR, Pérez Escolar. **El Cónyuge supérstite en la sucesión intestada**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 201). Tradução livre: O fim principal da reforma, incrementar os direitos do cônjuge na herança do *de cuius*, veio determinado pela preocupação do legislador em lhe manter seu anterior nível de vida, a qual, favorecida pela debilitação dos vínculos de sangue com relação aos parentes que geralmente não convivem na mesma célula conjugal e pelo aumento da esperança de vida, não se considerou tampouco obstaculizada pela necessidade de que os bens permanecessem na família de procedência, pois não são tais bens de origem familiar, mas os aquestos ou adquiridos pelo próprio defunto ao longo de sua vida os que normalmente compõem de uma maneira majoritária os patrimônios hereditários.

registradas de pessoas do mesmo sexo, em vigor desde 1.º de janeiro de 2007:

Art. 462 (B. Cônjuge sobrevivente, parceiro registrado sobrevivente) O cônjuge ou o parceiro registrado sobrevivente tem direito: 1. em concorrência com os descendentes, à metade da sucessão; 2. em concorrência com o pai, a mãe ou os seus descendentes, três quartos; 3. na ausência do pai, da mãe ou dos seus descendentes, à sucessão inteira.²⁴¹

Segundo o artigo 470 do *Code civil suisse*, o testador só pode dispor dos bens que excederem a reserva legal, ou seja, dos bens que sobraem em seu patrimônio, uma vez descontado o valor da legítima dos herdeiros necessários.²⁴² Em complemento, o artigo 471 institui a legítima em favor dos descendentes, na proporção de três quartos, dos pais, na proporção da metade, e do cônjuge supérstite ou convivente de parceria registrada, também na proporção da metade.²⁴³

2.1.3.7 Direito Grego

O Código Civil grego — Αστικός Κώδικας²⁴⁴ — trata da ordem de vocação hereditária em vários dispositivos (arts. 1.813 a 1.824), nos quais regula a sucessão de cada uma das classes de herdeiros.

Em seu artigo 1.820, confere ao cônjuge sobrevivente, em concorrência com os parentes da primeira classe (descendentes), o direito a um quarto da herança, e com os parentes das outras classes (que incluem os pais, irmãos, avós e bisavós do *de cujus*), o

²⁴¹ Tradução livre para o vernáculo. Texto original em francês: “Art. 462 (B. *Conjoint survivant, partenaire enregistré survivant*) *Le conjoint ou le partenaire enregistré survivant a droit: 1. en concours avec les descendants, à la moitié de la succession; 2. en concours avec le père, la mère ou leur postérité, aux trois quarts; 3. à défaut du père, de la mère ou de leur postérité, à la succession tout entière.*”

²⁴² “Art. 470 (A. *Quotité disponible. I. Son étendue*) *1 Celui qui laisse des descendants, ses père et mère, son conjoint ou son partenaire enregistré, a la faculté de disposer pour cause de mort de ce qui excède le montant de leur réserve. 2 En dehors de ces cas, il peut disposer de toute la succession.*” Tradução livre: Art. 470 (A. Quota disponível. I. Sua extensão) 1 Aquele que deixa descendentes, seu pai e sua mãe, seu cônjuge ou seu parceiro registrado, tem o direito de dispor, causa mortis, daquilo que exceda o montante da reserva. 2. Fora destes casos, ele pode dispor de toda a sucessão.

²⁴³ “Art. 471 (II. *Réserve*) *La réserve est: 1. pour un descendant, des trois quarts de son droit de succession; 2. pour le père ou la mère, de la moitié; 3. pour le conjoint ou le partenaire enregistré survivant, de la moitié.*” Tradução livre: Art. 471 (II. Reserva) A reserva legal é: 1. para um descendente, de três quartos de seu direito sucessório; 2. para o pai ou a mãe, da metade; 3. Para o cônjuge sobrevivente ou parceiro registrado sobrevivente, da metade.

²⁴⁴ CÓDIGO civil grego. Disponível em: <<http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikos/>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

direito à metade da herança.²⁴⁵

O artigo 1.821 determina que, se não houver parentes da primeira, da segunda, da terceira e da quarta classes, o cônjuge sobrevivente é chamado a receber a herança por inteiro.²⁴⁶

O artigo 1.825, por sua vez, trata o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e dos pais do autor da herança, conferindo-lhes direito à legítima.²⁴⁷

2.1.3.8 Direito Argentino

Acerca da vocação hereditária nas sucessões *ab intestato*, dispõe o Código Civil argentino serem sucessores legítimos os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os parentes colaterais até o quarto grau:

Art. 3.545. As sucessões intestadas correspondem aos descendentes do falecido, a seus ascendentes, ao cônjuge sobrevivente, e aos parentes colaterais até o quarto grau inclusive, na ordem e segundo as regras estabelecidas neste Código. Não havendo sucessores, os bens correspondem ao Estado nacional ou provincial.²⁴⁸

Quanto à ordem de vocação hereditária, o mesmo diploma prevê, em primeiro lugar, a sucessão dos descendentes (art. 3.565), e em segundo, a sucessão dos ascendentes (art. 3.567):

²⁴⁵ “Άρθρο 1820. Εκείνος από τους συζύγους που επιζεί καλείται, ως κληρονόμος εξ αδιαθέτου, με τους συγγενείς της πρώτης τάξης στο τέταρτο και με τους συγγενείς των άλλων τάξεων στο μισό της κληρονομίας. [...]” Tradução livre: Artigo 1820. O cônjuge sobrevivente é chamado, como herdeiro intestado, com parentes de primeira ordem, em um quarto, e com os parentes de outras classes, em metade da herança.

²⁴⁶ “Άρθρο 1821. Πέμπτη τάξη. Αν δεν υπάρχουν συγγενείς της πρώτης, της δεύτερης, της τρίτης και της τέταρτης τάξης, ο σύζυγος που επιζεί καλείται ως αδιαθέτου κληρονόμος σε ολόκληρη την κληρονομία.” Tradução livre: Artigo 1821. Se não existirem parentes de primeira, segunda, terceira e quarta classes, o cônjuge supérstite é chamado como herdeiro intestado de toda a herança.

²⁴⁷ “Άρθρο 1825. Οι κατιόντες και οι γονείς του κληρονομούμενου, καθώς και ο σύζυγος που επιζεί, οι οποίοι θα είχαν κληθεί ως εξ αδιαθέτου κληρονόμοι, έχουν δικαίωμα νόμιμης μοίρας στην κληρονομία. Η νόμιμη μοίρα είναι το μισό της εξ αδιαθέτου μερίδας.” Tradução livre: Artigo 1825. Os descendentes, os pais do falecido e o cônjuge sobrevivente, chamados como herdeiros intestados, têm direito a uma parte reservada da herança. A parte reservada é metade da herança.

²⁴⁸ Tradução livre para o vernáculo. Texto original em espanhol: “Art. 3.545. *Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores los bienes corresponden al Estado nacional o provincial.*”

Art. 3.565. Os filhos do autor da sucessão herdam por direito próprio e em partes iguais, salvo os direitos que neste título se dão ao viúvo ou viúva sobreviventes.²⁴⁹

Art. 3.567. À falta de filhos e descendentes herdam os ascendentes, sem prejuízo dos direitos declarados neste título ao cônjuge sobrevivente.²⁵⁰

Ambos os dispositivos, todavia, ressalvam os direitos do viúvo. Em complemento, o artigo 3.570 estabelece que, se o falecido deixar cônjuge e filhos, o cônjuge sobrevivente terá na sucessão a mesma parte que cabe a cada um dos filhos.²⁵¹ Se houver ascendentes e cônjuge sobrevivente, o artigo 3.571 determina que o cônjuge herde a metade dos bens próprios do *de cujus* e também a metade dos aquestos, que correspondam ao falecido.²⁵² Se não houver descendentes nem ascendentes, os cônjuges são considerados herdeiros recíprocos pelo artigo 3.572, excluindo todos os parentes colaterais.²⁵³

O artigo 3.573, porém, estipula que a sucessão destinada ao viúvo ou viúva não terá lugar quando, estando doente um dos cônjuges ao celebrar o matrimônio, morrer dessa enfermidade dentro dos trinta dias seguintes, salvo se o matrimônio foi celebrado para regularizar uma situação de fato.²⁵⁴

O diploma argentino trata da sucessão necessária nos artigos 3.591 a 3.595, os quais contêm uma série de regras sobre a porção legítima dos herdeiros forçosos.

²⁴⁹ Tradução livre para o vernáculo. Texto original em espanhol: “Art. 3.565. *Los hijos del autor de la sucesión lo heredan por derecho propio y en partes iguales salvo los derechos que en este título se dan al viudo o viuda sobrevivientes.*”

²⁵⁰ Tradução livre para o vernáculo. Texto original em espanhol: “Art. 3.567. *A falta de hijos y descendientes heredan los ascendientes sin perjuicio de los derechos declarados en este título al cónyuge sobreviviente.*”

²⁵¹ “Art. 3.570. *Si han quedado viudo o viuda e hijos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión la misma parte que cada uno de los hijos.*” Tradução livre: Art. 3.570. Se tiverem ficado viúvo ou viúva e filhos, o cônjuge sobrevivente terá na sucessão a mesma parte que cada um dos filhos.

²⁵² “Art. 3.571. *Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes.*” Tradução livre: Art. 3.571. Se tiverem ficado ascendentes e cônjuge sobrevivente, herdará este a metade dos bens próprios do *de cujus* e também a metade da parte de aquestos que corresponda ao falecido. A outra metade, a receberão os ascendentes.

²⁵³ “Art. 3.572. *Si no han quedado descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales.*” Tradução livre: Art. 3.572. Se não tiverem ficado descendentes nem ascendentes, os cônjuges herdam reciprocamente, excluindo a todos os parentes colaterais.

²⁵⁴ “Art. 3.573. *La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrán lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho.*” Tradução livre: Art. 3.573. A sucessão deferida ao viúvo ou viúva nos três artigos anteriores não terá lugar quando, se achando doente um dos cônjuges ao celebrar o matrimônio, morrer dessa enfermidade dentro dos trinta dias seguintes, salvo se o matrimônio foi celebrado para regularizar uma situação de fato.

De acordo com o artigo 3.591, a legítima é um direito de sucessão limitado a determinada porção da herança, da qual o testador não pode fazer suas disposições testamentárias.²⁵⁵ O artigo 3.592 declara que todos os herdeiros chamados à sucessão intestada nos cinco primeiros capítulos do título anterior têm direito à legítima.²⁵⁶ São eles: I – os descendentes; II – os ascendentes; III – os cônjuges; IV – os filhos naturais; e V – os pais naturais. Os parentes colaterais, cuja sucessão é tratada no Capítulo VI do Título IX, não são herdeiros necessários.

A porção da legítima dos filhos, nos termos do artigo 3.593, é de quatro quintos do patrimônio do falecido, nele incluídos todos os bens existentes ao tempo da sua morte e também aqueles doados. A parte final do dispositivo nos remete ao artigo 3.570, que atribui, ao cônjuge, iguais direitos na sucessão com os filhos.²⁵⁷

A legítima dos ascendentes, segundo previsão do artigo 3.594, é de dois terços dos bens do falecido, neles incluídos também aqueles que já haviam sido doados, observando-se que, em caso de concorrência com o cônjuge, este tem direito à metade dos bens, por força do artigo 3.571.²⁵⁸

Por fim, o artigo 3.595 define a legítima do cônjuge, quando este é herdeiro único,

²⁵⁵ “Art. 3.591. *La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.*” Tradução livre: Art. 3.591. A legítima dos herdeiros forçosos é um direito de sucessão limitado a determinada porção da herança. A capacidade do testador para fazer suas disposições testamentárias em relação a seu patrimônio só se estende até a concorrência da porção legítima que a lei atribui a seus herdeiros.

²⁵⁶ “Art. 3.592. *Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior.*” Tradução livre: Art. 3.592. Têm uma porção legítima todos os chamados à sucessão intestada na ordem e modo determinados nos cinco primeiros capítulos do título anterior.

²⁵⁷ “Art. 3.593. *La porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3.570.*” Tradução livre: Art. 3.593. A porção legítima dos filhos é de quatro quintos de todos os bens existentes à morte do testador e dos que este tivesse doado, observando-se em sua distribuição o disposto no artigo 3.570.

²⁵⁸ “Art. 3.594. *La legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3.571.*” Tradução livre: Art. 3.594. A legítima dos ascendentes é de dois terços dos bens da sucessão e os doados, observando-se em sua distribuição o disposto pelo artigo 3.571.

em metade dos bens da sucessão²⁵⁹, incluídos os “*gananciales*”.²⁶⁰

2.1.3.9 Direito Mexicano

Segundo o artigo 1.602 do Código Civil mexicano, são chamados à sucessão os descendentes, o cônjuge, os ascendentes, os colaterais até o quarto grau, os concubinos e o Poder Público.²⁶¹

De acordo com o artigo 1.608, o cônjuge pode concorrer à herança com os filhos, recebendo uma quota igual à de cada filho, se não possuir bens que correspondam à quota dos herdeiros, nos termos dos artigos 1.624 e 1.625:

Artigo 1.624. O cônjuge sobrevivente, concorrendo com descendentes, terá o direito de um filho, se carecer de bens ou os que tiver ao morrer o autor da sucessão não igualarem a porção que corresponder a cada filho. O mesmo será observado se concorrer com filhos adotivos do autor da herança.²⁶²

Artigo 1.625. No primeiro caso do artigo anterior, o cônjuge receberá integralmente a porção assinalada; no segundo, só terá direito de receber o que bastar para igualar seus bens à porção mencionada.²⁶³

²⁵⁹ “Art. 3.595. *La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales.*” Tradução livre: Art. 3.595. A legítima dos cônjuges, quando não existem descendentes nem ascendentes do defunto, será a metade dos bens da sucessão do cônjuge morto, ainda que os bens da sucessão sejam aquestos.

²⁶⁰ De acordo com o artigo 1.272, são “*gananciales*”, entre outros, os bens que cada um dos cônjuges ou ambos adquiriram durante o matrimônio, por qualquer título que não seja herança, doação ou legado, como, por exemplo, os adquiridos a título oneroso, os adquiridos por fato eventual, os frutos dos bens comuns e particulares etc.

²⁶¹ “Artículo 1602. *Tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los descendientes, conyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635. II. A falta de los anteriores, la beneficencia pública.*” Tradução livre para o vernáculo: Artigo 1602. Têm direito a herdar por sucessão legítima: I. Os descendentes, cônjuges, ascendentes, parentes colaterais até o quarto grau e a concubina ou o concubino, se satisfizerem neste caso os requisitos assinalados pelo artículo 1635. II. Na falta dos anteriores, o Poder Público.”

²⁶² Tradução livre para o vernáculo. Texto original em espanhol: “Artículo 1624. *El conyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia.*”

²⁶³ Tradução livre para o vernáculo. Texto original em espanhol: “Artículo 1625. *En el primer caso del artículo anterior, el conyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el segundo, solo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada.*”

O cônjuge também pode concorrer com os ascendentes, caso em que receberá metade da herança (art. 1.626).²⁶⁴ Na concorrência com os irmãos do *de cujus*, o cônjuge terá direito a dois terços da herança (art. 1.627).²⁶⁵ Na falta de descendentes, ascendentes e irmãos, o cônjuge sucederá em todos os bens (art. 1.629).²⁶⁶

O artigo 1.635, por seu turno, trata da sucessão dos concubinos, determinando que se lhes apliquem as disposições relativas à sucessão do cônjuge:

Artigo 1.635. A concubina e o concubino têm direito a herdar-se reciprocamente, aplicando-as disposições relativas à sucessão do cônjuge, sempre que houverem vivido juntos como se fossem cônjuges durante os cinco anos que precederam imediatamente a sua morte ou quando tiverem tido filhos em comum, sempre que ambos tenham permanecido livres de matrimônio durante o concubinato. Se, ao morrer o autor da herança, lhe sobreviverem várias concubinas ou concubinos nas condições mencionadas no início deste artigo, nenhum deles herdará.²⁶⁷

A herança é, obviamente, condicionada à caracterização do concubinato. Daí exigir o diploma mexicano o tempo mínimo de convivência de cinco anos, precedentes à morte do autor da herança, ou a existência de filhos comuns, além da não ocorrência de casamento de nenhum deles durante a relação concubinária. Por fim, o legislador não admite a sucessão diante da caracterização de uniões múltiplas.

Os artigos 1.368 a 1.377 do *Código Civil de La Republica Mexicana* tratam dos bens de que se podem dispor por testamento e dos testamentos inoficiosos. De acordo com o artigo 1.368, o testador deve deixar alimentos aos descendentes menores de 18 anos ou

²⁶⁴ “Artículo 1626. Si el conyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al conyuge y la otra a los ascendientes.” Tradução livre: Artigo 1626. Se o cônjuge que sobrevive concorre com ascendentes, a herança será dividida em duas partes iguais, das quais uma se aplica ao cônjuge e a outra aos ascendentes.

²⁶⁵ “Artículo 1627. Concurriendo el conyuge con uno o mas hermanos del autor de la sucesion, tendrá dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre los hermanos.” Tradução livre: Artigo 1627. Concorrendo o cônjuge com um ou mais irmãos do autor da sucessão, terá dois terços da herança, e o terço restante se aplicará ao irmão ou se dividirá por partes iguais entre os irmãos.

²⁶⁶ “Artículo 1629. A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el conyuge sucederá en todos los bienes.” Tradução livre: Artigo 1629. À falta de descendentes, ascendentes e irmãos, o cônjuge sucederá em todos os bens.

²⁶⁷ Tradução livre para o vernáculo. Texto original em espanhol: “Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse reciprocamente, aplicandose las disposiciones relativas a la sucesion del conyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran conyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en comun, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.”

que estejam impossibilitados de trabalhar, aos ascendentes, ao cônjuge supérstite que não possa trabalhar e não tenha bens suficientes, ao concubino nessas mesmas condições e aos irmãos e demais parentes colaterais até o quarto grau que estejam incapacitados. O artigo 1.374 considera inoficioso o testamento em que não se deixa a pensão alimentícia estabelecida no Código.

2.1.3.10 A Vocação Hereditária do Cônjuge e do Companheiro em Diversos Países

Conforme considerado nos tópicos precedentes, em Portugal, Itália, França, Alemanha, Suíça, Grécia e Argentina, o cônjuge se encontra nas primeiras classes de herdeiros, em concorrência com os descendentes e os ascendentes. Ao mesmo tempo, é considerado herdeiro necessário. Na Espanha, o cônjuge ocupa a terceira classe da ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes, mas tem direito de concorrer com esses parentes, recebendo o usufruto sobre parte dos bens. No México, o Código Civil atribui não apenas ao cônjuge, mas igualmente ao concubino o direito de concorrer com os parentes em linha reta e também com os irmãos do falecido. Na Suíça, os mesmos direitos do cônjuge foram dados ao convivente homossexual, com parceria registrada.

Além desses países, outros podem ser mencionados. No Código Civil da República do Chile, por exemplo, o cônjuge também é chamado à sucessão junto com os

descendentes (art. 988)²⁶⁸ e os ascendentes (art. 989)²⁶⁹ do *de cujus*. Todos esses herdeiros são considerados legitimários (art. 1.182).²⁷⁰

O Código Civil da Venezuela, de modo semelhante, permite que o cônjuge herde juntamente com os descendentes (art. 824)²⁷¹ e os ascendentes, e também com os irmãos

²⁶⁸ “Artículo 988. Los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere también cónyuge sobreviviente, caso en el cual éste concurrirá con aquéllos. El cónyuge sobreviviente recibirá una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo. Si hubiere sólo un hijo, la cuota del cónyuge será igual a la legítima rigurosa o efectiva de ese hijo. Pero en ningún caso la porción que corresponda al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia, o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso. Correspondiendo al cónyuge sobreviviente la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, el resto se dividirá entre los hijos por partes iguales. La aludida cuarta parte se calculará teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 996.” Tradução livre: Artigo 988. Os filhos excluem a todos os outros herdeiros, a menos que houver também cônjuge sobrevivente, caso em que este concorrerá com aqueles. O cônjuge sobrevivente receberá uma porção que, por regra geral, será equivalente ao dobro do que por legítima rigorosa ou efetiva corresponda a cada filho. Se houver só um filho, a cota do cônjuge será igual à legítima rigorosa ou efetiva desse filho. Mas em nenhum caso a porção que corresponda ao cônjuge será menor que a quarta parte da herança, ou a quarta parte da metade legitimária em seu caso. Correspondendo ao cônjuge sobrevivente a quarta parte da herança ou da metade legitimária, o resto se dividirá entre os filhos por partes iguais. A aludida quarta parte será calculada tendo em conta o disposto no artigo 996.

²⁶⁹ “Artículo 989. Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo. En este caso, la herencia se dividirá en tres partes, dos para el cónyuge y una para los ascendientes. A falta de éstos, llevará todos los bienes el cónyuge, y, a falta de cónyuge, los ascendientes. Habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes, o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.” Tradução livre: Artigo 989. Se o defunto não deixou posteridade, suceder-lhe-ão o cônjuge sobrevivente e seus ascendentes de grau mais próximo. Neste caso, a herança se dividirá em três partes, duas para o cônjuge e uma para os ascendentes. À falta destes, o cônjuge levará todos os bens, e, à falta de cônjuge, os ascendentes. Havendo um só ascendente no grau mais próximo, sucederá este em todos os bens, ou em toda a porção hereditária dos ascendentes.

²⁷⁰ “Artículo 1182. Son legitimarios: 1. Los hijos, personalmente o representados por su descendencia; 2. Los ascendientes, y 3. El cónyuge sobreviviente. No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del Artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal.” Tradução livre: Artigo 1182. São legitimários: 1. Os filhos, pessoalmente ou representados por sua descendência; 2. Os ascendentes, e 3. O cônjuge sobrevivente. Não serão legitimários os ascendentes do *de cujus* se a paternidade ou a maternidade que constitui ou da que deriva seu parentesco foi determinada judicialmente contra a oposição do respectivo pai ou mãe, salvo o caso do inciso final do artigo 203. Tampouco o será o cônjuge que por sua culpa tenha dado causa ao divórcio perpétuo ou temporário.

²⁷¹ “Artículo 824. El viudo o la viuda concurre con los descendientes cuya filiación esté legalmente comprobada, tomando una parte igual a la de un hijo.” Tradução livre: Artigo 824. O viúvo ou a viúva concorre com os descendentes cuja filiação esteja legalmente comprovada, tomando uma parte igual a de um filho.

do falecido (art. 825).²⁷² Entretanto, o Código venezuelano só atribui a legítima aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge (art. 883).²⁷³

No Código Civil da Colômbia, o cônjuge ocupa o segundo lugar na ordem de vocação hereditária, junto com os ascendentes (art. 1.046)²⁷⁴, ou o terceiro lugar, junto com os irmãos do falecido (art. 1.047).²⁷⁵ Os filhos ocupam a primeira classe de herdeiros, excluindo todos os outros, sem prejuízo, porém, da porção conjugal (art. 1.045).²⁷⁶ Embora

²⁷² “Artículo 825. La herencia de toda persona que falleciere sin dejar hijos o descendientes cuya filiación esté legalmente comprobada, se defiere conforme a las siguientes reglas: Habiendo ascendientes y cónyuge, corresponde la mitad de la herencia a aquéllos y a éste la otra mitad. No habiendo cónyuge la herencia corresponde íntegramente a los ascendientes. A falta de ascendientes, corresponde la mitad de la herencia al cónyuge y la otra mitad a los hermanos y por derecho de representación a los sobrinos. A falta de estos hermanos y sobrinos, la herencia corresponde íntegramente al cónyuge y si faltare éste corresponde a los hermanos y sobrinos expresados. A falta de cónyuge, ascendientes, hermanos y sobrinos, sucederán al de cujus sus otros colaterales consanguíneos.” Tradução livre: Artigo 825. A herança de toda pessoa que falecer sem deixar filhos ou descendentes cuja filiação esteja legalmente comprovada, defere-se conforme as seguintes regras: Havendo ascendentes e cônjuge, corresponde a metade da herança a aqueles e a este a outra metade. Não havendo cônjuge a herança corresponde integralmente aos ascendentes. Na falta de ascendentes, corresponde a metade da herança ao cônjuge e a outra metade aos irmãos e, por direito de representação, aos sobrinhos. Na falta destes irmãos e sobrinhos, a herança corresponde integralmente ao cônjuge, e, se faltar este, corresponde aos irmãos e sobrinhos mencionados. Na falta de cônjuge, ascendentes, irmãos e sobrinhos, sucederão ao de cujus seus outros colaterais consanguíneos.

²⁷³ “Artículo 883. La legítima es una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes, con arreglo a los Artículos siguientes. El testador no puede someter la legítima a ninguna carga ni condición.” Tradução livre: Artigo 883. A legítima é uma cota da herança que se deve em plena propriedade aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge sobrevivente que não esteja separado legalmente de bens, de acordo com os artigos seguintes. O testador não pode submeter a legítima a nenhum encargo ou condição.

²⁷⁴ “Artículo 1046. (SEGUNDO ORDEN HEREDITARIO – LOS ASCENDIENTES DE GRADO MAS PROXIMO). Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas.” Tradução livre: Art. 1.046. (SEGUNDA ORDEM HEREDITÁRIA – OS ASCENDENTES DE GRAU MAIS PRÓXIMO) Se o defunto não deixa posteridade, suceder-lhe-ão seus ascendentes de grau mais próximo, seus pais adotantes e seu cônjuge. A herança será repartida entre eles por cabeça.

²⁷⁵ “Artículo 1047. (TERCER ORDEN HEREDITARIO – HERMANOS Y CONYUGE). Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, le sucederán sus hermanos y su cónyuge. La herencia se divide la mitad para éste y la otra mitad para aquéllos por partes iguales. [...]” Tradução livre: Art. 1.047. (TERCEIRA ORDEM HEREDITÁRIA – IRMÃOS E CÔNJUGE) Se o defunto não deixa descendentes nem ascendentes, nem filhos adotivos, nem pais adotantes, suceder-lhe-ão seus irmãos e seu cônjuge. A herança é dividida, metade para este e a outra metade para aqueles em partes iguais.

²⁷⁶ “Artículo 1045. (PRIMER ORDEN HEREDITARIO – LOS HIJOS). Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.” Tradução livre: Art. 1.045. (PRIMEIRA ORDEM HEREDITÁRIA – OS FILHOS). Os filhos legítimos, adotivos e extramatrimoniais excluem a todos os outros herdeiros e receberão entre eles quotas iguais, sem prejuízo da porção conjugal.

o cônjuge não tenha sido incluído entre os herdeiros legitimários (art. 1.240)²⁷⁷, ele tem direito à porção conjugal, considerada, ao lado da legítima, uma atribuição forçosa (art. 1.226).²⁷⁸

No Código Civil do Paraguai, o viúvo concorre à sucessão legítima com os filhos do *de cujus*, recebendo o mesmo quinhão que cada um deles receber, e, na sua ausência, com os pais, quando receberá um terço da herança se concorrer com ambos, ou metade, se concorrer com apenas um deles (art. 2.586).²⁷⁹ Também terá direito à metade se concorrer com ascendentes a partir do segundo grau, de modo semelhante ao previsto no artigo 1.837 do Código Civil brasileiro. Quanto à sucessão necessária, o diploma paraguaio prevê frações diferenciadas à legítima de cada herdeiro: a dos descendentes é de quatro quintos da herança; a dos ascendentes é de dois terços; a do cônjuge, quando não existirem descendentes nem ascendentes, é de metade (art. 2.598).²⁸⁰ Diante das estipulações diferentes, o artigo 2.599 prevê que, quando concorrem à mesma sucessão vários herdeiros forçosos, prevalecerá a legítima maior.²⁸¹ Com relação à sucessão na família de fato, o Código Civil do Paraguai prevê que, em concorrência com os descendentes, o concubino

²⁷⁷ “Artículo 1240. (LEGITIMARIOS). Son legitimarios: 1º.) Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial. 2º.) Los ascendientes. 3º.) Los padres adoptantes. 4º.) Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple.” Tradução livre: Art. 1.240. (LEGITIMÁRIOS). São legitimários: 1.º) Os filhos legítimos, adotivos e extramatrimoniais pessoalmente ou representados por sua descendência legítima ou extramatrimonial. 2.º) Os ascendentes. 3.º) Os pais adotantes. 4.º) Os pais de sangue do filho adotivo de forma simples.

²⁷⁸ “Artículo 1226. (DEFINICION Y CLASES DE ASIGNACIONES FORZOSAS). Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1º.) Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas. 2º.) La porción conyugal. 3º.) Las legítimas. [...]” Tradução livre: Art. 1.226. (DEFINIÇÃO E CLASSES DE ATRIBUIÇÕES FORÇOSAS). Atribuições forçosas são as que o testador é obrigado a fazer, e que se suprem quando não as tiver feito, até em prejuízo de suas disposições testamentarias expressas. Atribuições forçosas são: 1.º) Os alimentos que se devem pela lei a certas pessoas. 2.º) A porção conjugal. 3.º) As legítimas. [...].

²⁷⁹ “Art. 2586. El derecho hereditario del cónyuge supérstite sobre los bienes propios del causante será: a) igual al que corresponda a cada uno de los hijos del autor que concurren con él; b) la tercera parte de la herencia si concurren con él los padres del causante, y la mitad, si sólo quedare uno de ellos; c) la mitad, si fallecidos los dos suegros, concurrieren otros ascendientes; y d) la totalidad, si no existieren descendientes ni ascendientes.” Tradução livre: Art. 2.586. O direito hereditário do cônjuge sobrevivente sobre os bens próprios do *de cujus* será: a) igual ao que corresponda a cada um dos filhos do autor que concorram com ele; b) a terceira parte da herança se concorrerem com ele os pais do *de cujus*, e a metade, se só ficar um deles; c) a metade, se falecidos os dois sogros, concorrerem outros ascendentes; e d) a totalidade, se não existirem descendentes nem ascendentes.

²⁸⁰ “Art. 2598. La legítima de los descendientes es de cuatro quintas partes de la herencia. La de los ascendientes es de dos tercios. La del cónyuge, cuando no existan descendientes ni ascendientes, es la mitad. La legítima del adoptante y del adoptado será la mitad de la herencia.” Tradução livre: Art. 2.598. A legítima dos descendentes é de quatro quintos da herança. A dos ascendentes é de dois terços. A do cônjuge, quando não existirem descendentes nem ascendentes, é a metade. A legítima do adotante e do adotado será a metade da herança.

²⁸¹ “Art. 2599. Para la determinación de las legítimas, cuando concurren varios herederos forzosos, prevalecerá la legítima mayor.” Tradução livre: Art. 2.599. Para a determinação das legítimas, quando concorrem vários herdeiros forçosos, prevalecerá a legítima maior.

tem direito a uma parte dos bens adquiridos durante a união e também dos bens próprios do falecido (art. 91).²⁸² Em concurso com os ascendentes, tem direito à metade dos bens, por partes iguais (art. 92).²⁸³ Não havendo parentes em linha reta, o concubino recebe toda a herança (art. 93).²⁸⁴

No Peru, o Código Civil destina ao cônjuge, em concorrência com os descendentes, uma parte igual à de um filho (art. 822)²⁸⁵; em concorrência com os ascendentes, uma parte igual à de um deles (art. 824).²⁸⁶ O artigo 823 permite ao viúvo, no caso do artigo 822, optar pelo usufruto da terceira parte da herança.²⁸⁷ Com relação à sucessão necessária, o artigo 724 declara que são herdeiros forçosos os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.²⁸⁸ Se o autor da herança tiver descendentes ou cônjuge, só poderá dispor de um terço dos bens (art. 725)²⁸⁹; se tiver somente ascendentes, poderá dispor da metade de seu

²⁸² “Artículo 91°. Si la unión termina por muerte de uno de los concubinos siempre que ella tuviera cuanto menos cuatro años de duración el sobreviviente recibirá la mitad de los gananciales y la otra mitad se distribuirá entre los hijos del fallecido, si los hubiere. Si el causante tuviere bienes propios, el concubino supérstite concurrirá con los hijos, en igualdad de condiciones de éstos. El derecho de representación del concubino supérstite solo se extiende a sus descendientes en primer grado.” Tradução livre: Art. 91. Se a união terminar por morte de um dos concubinos, sempre que ela tiver pelo menos quatro anos de duração, o sobrevivente receberá a metade dos aquestos e a outra metade se distribuirá entre os filhos do falecido, se houver. Se o *de cujus* tiver bens próprios, o concubino sobrevivente concorrerá com os filhos, em igualdade de condições. O direito de representação do concubino sobrevivente só se estende a seus descendentes em primeiro grau.

²⁸³ “Artículo 92°. Si el fallecido no tuviere hijos pero dejare ascendientes, el concubino sobreviviente concurrirá con ellos en la mitad de los gananciales, por partes iguales.” Tradução livre: Art. 92. Se o falecido não tiver filhos, mas deixar ascendentes, o concubino sobrevivente concorrerá com eles na metade dos aquestos, em partes iguais.

²⁸⁴ “Artículo 93°. Si el causante no tuviere descendientes ni ascendientes, el concubino supérstite recibirá todos los bienes del mismo, excluyendo por tanto a los colaterales.” Tradução livre: Art. 93. Se o *de cujus* não tiver descendentes nem ascendentes, o concubino sobrevivente receberá todos os bens, excluindo, portanto, os colaterais.

²⁸⁵ “Artículo 822°. (Concurrencia del conyuge con descendiente) El conyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo.” Tradução livre: Art. 822. (Concorrência do cônjuge com descendente) O cônjuge que concorre com filhos ou com outros descendentes do *de cujus* herda uma parte igual a de um filho.

²⁸⁶ “Artículo 824°. (Concurrencia del conyuge con ascendientes) El conyuge que concurre con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos.” Tradução livre: Art. 824. (Concorrência do cônjuge com ascendentes) O cônjuge que concorre com os pais ou com outros ascendentes do *de cujus* herda uma parte igual a de um deles.

²⁸⁷ “Artículo 823°. (Opcion usufructuaria del conyuge) En los casos del artículo 822 el conyuge puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia, salvo que hubiere obtenido los derechos que le conceden los artículos 731 y 732.” Tradução livre: Art. 823. (Opção usufrutuária do cônjuge) Nos casos do artigo 822 o cônjuge pode optar pelo usufruto da terceira parte da herança, salvo que tiver obtido os direitos que lhe concedem os artigos 731 e 732.

²⁸⁸ “Artículo 724°. (Herederos forzosos) Son herederos forzosos los hijos y los demas descendientes, los padres y los demas ascendientes, y el conyuge.” Tradução livre: Art. 724. (Herdeiros forçosos) São herdeiros forçosos os filhos e os demais descendentes, os pais e os demais ascendentes, e o cônjuge.

²⁸⁹ “Artículo 725°. (Tercio de libre disposicion) El que tiene hijos u otros descendientes, o conyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.” Tradução livre: art. 725. (Terço de livre disposição) Aquele que tem filhos ou outros descendentes, ou cônjuge, pode dispor livremente de um terço de seus bens.

patrimônio (art. 726).²⁹⁰ A legítima de cada um dos herdeiros necessários corresponde à quota que lhes cabe na sucessão intestada (art. 729).²⁹¹

Na Bolívia, o cônjuge é herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e os ascendentes. Concorrendo à sucessão cônjuge e descendentes, a legítima é de quatro quintos do patrimônio do falecido (arts. 1.059 e 1.062)²⁹²; concorrendo cônjuge e ascendentes, a legítima é de dois terços (arts. 1.060 e 1.063).²⁹³ Se não houver parentes em linha reta, a legítima do cônjuge também é de dois terços do patrimônio (art. 1.061).²⁹⁴ Quanto à sucessão na família de fato, o artigo 168 do Código da Família da Bolívia²⁹⁵ determina que, finda a união por morte de um dos concubinos, o sobrevivente tem direito ao que estipula o Código Civil em matéria de sucessões. Se concorrer com filhos ou outros

²⁹⁰ “Artículo 726°. (Libre disposicion de la mitad de los bienes) El que tiene solo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.” Tradução livre: Aquele que tiver só pais ou outros ascendentes, pode dispor livremente da metade de seus bens.

²⁹¹ “Artículo 729°. (Legítima de heredero forzoso) La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesion intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participacion o exclusion.” Tradução livre: A legítima de cada um dos herdeiros forçosos é uma quota igual à que lhes corresponde na sucessão intestada, cujas disposições regem, igualmente, sua concorrência, participação ou exclusão.

²⁹² “Artículo 1059. (LEGÍTIMA DE LOS HIJOS). I. La legítima de los hijos, cualquiera sea su origen, es de las cuatro quintas partes del patrimonio del progenitor [...] Artículo 1062. (CONCURRENCIA DEL CONYUGE CON HIJOS). Si el difunto ha dejado uno o más hijos y cónyuge, la legítima de todos ellos y la porción disponible es la misma señalada en el artículo 1059.” Tradução livre: Artigo 1059. (LEGÍTIMA DOS FILHOS). I. A legítima dos filhos, qualquer seja sua origem, é das quatro quintos do patrimônio do progenitor [...] Artigo 1062. (CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM FILHOS). Se o defunto tiver deixado um ou mais filhos e cônjuge, a legítima de todos eles e a porção disponível é a mesma assinalada no artigo 1059.

²⁹³ “Artículo 1060. (LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES). Si el difunto no deja descendientes, ni hijo adoptivo, o descendiente de éste sino sólo ascendientes, la legítima perteneciente a éstos es de las dos terceras partes del patrimonio [...] Artículo 1063. (CONCURRENCIA DEL CÓNUGE CON ASCENDIENTES). Si el difunto ha dejado uno o más ascendientes y cónyuge, la legítima de todos ellos y la porción disponible son las señaladas en el artículo 1060.” Tradução livre: Art. 1.060. (LEGÍTIMA DOS ASCENDENTES). Se o defunto não deixar descendentes, nem filho adotivo, ou descendente deste, mas só ascendentes, a legítima pertencente a estes é de duas terceiras partes do patrimônio [...] Art. 1.063. (CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM ASCENDENTES). Se o defunto tiver deixado um ou mais ascendentes e cônjuge, a legítima de todos eles e a porção disponível são as assinaladas no artigo 1060.

²⁹⁴ “Artículo 1061. (LEGÍTIMA DEL CÓNUGE). Si el difunto no deja descendientes ni hijo adoptivo, ni ascendientes, la legítima perteneciente al cónyuge es de las dos terceras partes del patrimonio; la tercera parte restante constituye la porción disponible que el de cujus puede destinar a liberalidades, sea mediante donaciones o mediante legados, en favor de sus parientes o extraños.” Tradução livre: Artigo 1061. (LEGÍTIMA DO CÔNJUGE). Se o defunto não deixar descendentes, nem filho adotivo, nem ascendentes, a legítima pertencente ao cônjuge é de duas terças partes do patrimônio; a terceira parte restante constitui a porção disponível que o *de cujus* pode destinar a liberalidades, seja mediante doações ou mediante legados, em favor de seus parentes ou estranhos.

²⁹⁵ “ARTICULO 168. (MUERTE) Si la unión termina por muerte de uno de los convivientes, se estará a lo que dispone el Código Civil en materia de sucesiones.” Tradução livre: Art. 168. (MORTE) Se a união terminar por morte de um dos conviventes, será aplicado o que dispõe o Código Civil em matéria de sucessões.

descendentes, tem direito à mesma quota que o filho (art. 1.103).²⁹⁶ Se concorrer com ascendentes, recebe metade dos bens, destinando-se a outra metade aos ascendentes (art. 1.104).²⁹⁷

Merece destaque o Código Civil da Costa Rica, que apresenta em primeiro lugar da ordem hereditária, ao lado dos filhos e dos pais, o cônjuge e também o convivente em união de fato (art. 572).²⁹⁸ A sucessão do convivente, de modo semelhante ao que preceitua o Código Civil brasileiro, restringe-se aos bens adquiridos durante a união. Quanto à sucessão testamentária, o diploma costa-riquense permite que o *de cujus* disponha livremente de seus bens, contanto que assegure alimentos aos filhos, aos pais e ao consorte,

²⁹⁶ “Art. 1103. (CONCURRENCIA DEL CONYUGE CON HIJOS). Cuando el cónyuge concurre con hijos o descendientes, el cónyuge tiene derecho a una cuota igual de herencia que cada uno de los hijos.” Tradução livre: Art. 1103. (CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM FILHOS). Quando o cônjuge concorre com filhos ou descendentes, o cônjuge tem direito a uma quota igual de herança que cada um dos filhos.

²⁹⁷ “Art. 1104. (CONCURRENCIA DEL CONYUGE CON ASCENDIENTES). Al cónyuge se le defiende la mitad de la herencia si concurre con ascendientes. La otra mitad se defiende a los ascendientes conforme a lo dispuesto por los Arts. 1097 y 1099.” Tradução livre: Art. 1104. (CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM ASCENDENTES). Ao cônjuge se defere a metade da herança se concorrer com ascendentes. A outra metade se defere aos ascendentes conforme ao disposto pelos Arts. 1097 e 1099.

²⁹⁸ “Artículo 572. Son herederos legítimos: 1) Los hijos, los padres y el consorte, o el conviviente en unión de hecho, con las siguientes advertencias: a) No tendrá derecho a heredar el cónyuge legalmente separado de cuerpos si él hubiere dado lugar a la separación. Tampoco podrá heredar el cónyuge separado de hecho, respecto de los bienes adquiridos por el causante durante la separación de hecho. b) Si el cónyuge tuviere gananciales, sólo recibirá lo que a éstos falta para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos. c) En la sucesión de un hijo extramatrimonial, el padre sólo heredará cuando lo hubiere reconocido con su consentimiento, o con el de la madre y, a falta de ese consentimiento, si le hubiere suministrado alimentos durante dos años consecutivos, por lo menos. d) El conviviente en unión de hecho sólo tendrá derecho cuando dicha unión se haya constituido entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, y se haya mantenido una relación pública, singular y estable durante tres años, al menos, respecto de los bienes adquiridos durante dicha unión. (Así reformado este inciso por Ley No. 7142 del 8 de marzo de 1990). [...]” Tradução livre: Art. 572. São herdeiros legítimos: 1) Os filhos, os pais e o consorte ou o convivente em união de fato, com as seguintes advertências: a) Não terá direito a herdar o cônjuge legalmente separado de corpos se ele tiver dado causa à separação. Tampouco poderá herdar o cônjuge separado de fato, em relação aos bens adquiridos pelo *de cujus* durante a separação de fato. b) Se o cônjuge tiver aquestos, só receberá o que a estes faltar para completar uma porção igual à que receberia se não os tivesse. c) Na sucessão de um filho extramatrimonial, o pai só herdará quando o tiver reconhecido com seu consentimento, ou com o da mãe e, à falta desse consentimento, se lhe tiver prestado alimentos durante dois anos consecutivos, pelo menos. d) O convivente em união de fato só terá direito quando dita união se constituiu entre um homem e uma mulher com aptidão legal para contrair matrimônio, e se for mantida uma relação pública, singular e estável durante três anos, ao menos, em relação aos bens adquiridos durante dita união. (Redação do inciso dada pela Lei n.º 7.142 de 8 de março de 1990)

em caso de necessidade (art. 595).²⁹⁹

O caráter alimentar da legítima também é previsto pelo Código Civil de Cuba, que restringe a liberdade de testar à metade da herança quando existirem herdeiros especialmente protegidos (art. 492)³⁰⁰, que são os descendentes, cônjuge ou ascendentes que não estejam aptos ao trabalho e dependam economicamente do *de cujus* (art. 493).³⁰¹

Pelo Código Civil do Japão, o cônjuge é considerado herdeiro necessário em concorrência com os descendentes e ascendentes, devendo a herança ser dividida

²⁹⁹ “Artículo 595. El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos. Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos.” Tradução livre: Art. 595. O testador poderá dispor livremente de seus bens, contanto que deixe assegurados os alimentos a seu filho até a maioridade se for menor e por toda a vida se o filho tiver uma incapacidade que lhe impeça de valer-se por si mesmo; além disso, deverá assegurar a manutenção de seus pais e a de seu consorte enquanto a necessitem. Se o testador se omitir em cumprir com a obrigação de prover alimentos, o herdeiro só receberá dos bens o que sobrar, depois de dar ao alimentando, segundo prévia estimativa de peritos, uma quantidade suficiente para assegurar seus alimentos. Se os filhos, os pais ou o consorte possuem, ao morrer o testador, bens suficientes, o testador não estará obrigado a lhes deixar alimentos.

³⁰⁰ “Artículo 492. 1. La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos. 2. El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos.” Tradução livre: Art. 492. 1. A liberdade de testar se limita à metade da herança quando existem herdeiros especialmente protegidos. 2. O testador não pode impor encargo algum à porção da herança que corresponde aos herdeiros especialmente protegidos.

³⁰¹ “Artículo 493. 1. Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes: a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos; b) el cónyuge sobreviviente; y c) los ascendientes. 2. Si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales.” Tradução livre: Art. 493.1. São herdeiros especialmente protegidos, sempre que não estejam aptos para trabalhar e dependam economicamente do *de cujus*, os seguintes: a) os filhos ou seus descendentes em caso de serem aqueles premortos; b) o cônjuge sobrevivente; e c) os ascendentes. 2. Se concorrerem à herança dois ou mais herdeiros especialmente protegidos, herdam partes iguais.

igualmente entre o viúvo e os parentes com quem concorrer (arts. 890 e 1.028).³⁰²

No sistema anglo-saxão — explica Susana Espada Mallorquin³⁰³ — ocorre uma ausência de regulação expressa que contemple as relações de fato, visto que as soluções jurídicas se inspiram no *Common Law*. Além disso, parte dos problemas relativos à forma do matrimônio, suscitados nos países do continente europeu e que determinaram os distintos modelos jurídicos de regulação do matrimônio, não ocorre nos mesmos termos no Direito anglo-saxão.

A mesma autora narra que, nos Estados Unidos da América, a situação é bastante variada, dependendo de cada estado. Nenhum deles conta com um estatuto jurídico próprio para as uniões de fato, mas em alguns existem disposições relativas ao reconhecimento parcial de efeitos jurídicos às convivências *more uxorio*.³⁰⁴

Salvatore Aceto Di Capriglia³⁰⁵ expõe que o fenômeno das famílias de fato envolvem todo o cenário europeu. Além dos países pertencentes à tradição legal ocidental, que encontram problemas para regular essa nova realidade, também os sistemas pertencentes ao *Common Law* enfrentam o fenômeno da família de fato nos últimos anos, que assume uma considerável importância social, tendo em vista o número sempre crescente de casais que optam por não confiar a regulamentação de sua relação afetiva ao instituto do matrimônio. Isso tem resultado na necessidade evidente, percebida pelos juízes

³⁰² “第八百九十条 被相続人の配偶者は、常に相続人となる。この場合において、第八百八十七条又は前条の規定により相続人となるべき者があるときは、その者と同順位とする。
Article 890 The spouse of a decedent shall always be an heir. In this case, if there is a person to become an heir pursuant to the provisions of Article 887 or the preceding Article, the spouse shall be of the same rank as that person.” Tradução livre da versão em inglês: Art. 890. O cônjuge de um falecido sempre será um herdeiro. Neste caso, se houver uma pessoa a se tornar herdeira em conformidade com o disposto no art. 887 [descendentes] ou no artigo anterior [ascendentes e irmãos], o cônjuge deve receber o mesmo valor que aquela pessoa. [...] “第千二十八条 兄弟姉妹以外の相続人は、遺留分として、次の各号に掲げる区分に応じてそれぞれ当該各号に定める割合に相当する額を受ける
一 直系尊属のみが相続人である場合 被相続人の財産の三分の一
二 前号に掲げる場合以外の場合 被相続人の財産の二分の一
Article 1028. Heirs other than siblings shall receive, as legally reserved portion, an amount equivalent to the ratio prescribed in each of the following items in accordance with the divisions listed therein: (i) in the case where only lineal ascendants are heirs, one third of the decedent's property; (ii) in cases other than that referred to in the preceding item (i), one half of the decedent's property.” Tradução livre da versão em inglês: Art. 1.028. Herdeiros que não sejam os irmãos devem receber, como porção legalmente reservada, uma quantia equivalente à proporção prevista em cada um dos itens a seguir, de acordo com as divisões neles enumeradas: (i) no caso em que apenas os ascendentes são herdeiros, um terço dos bens do falecido; (ii) nos outros casos que não os referidos no item anterior (i), a metade dos bens do falecido.

³⁰³ MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**, p. 157.

³⁰⁴ Ibidem, p. 166.

³⁰⁵ CAPRIGLIA, Salvatore Aceto Di. **Nuove frontiere della successione necessaria**. Milano: Giappichelli, 2008.

e pelos legisladores, de estender a proteção e a garantia, que o ordenamento fornece à relação conjugal, àqueles que simplesmente convivem *more uxorio*.

De modo geral, em muitos países, observam-se alterações legislativas tendentes a melhorar a posição sucessória do cônjuge, permitindo-lhe herdar parte dos bens, em concorrência com os descendentes e ascendentes do falecido, além de lhe atribuir o direito à legítima, considerando-o herdeiro necessário, inafastável por testamento injustificadamente.

Ao mesmo tempo, percebe-se como a união convivencial tem sido ignorada por muitas legislações estrangeiras, levando-nos a questionar se nosso Código Civil merece todas as críticas que lhe tem sido feitas, ou se, ao contrário, ele até pode ser considerado um diploma avançado, inclusive na regulamentação do direito sucessório da união estável, dentro do contexto mundial.

2.2 ESPÉCIES DE SUCESSORES

Há dois modos de alguém ser chamado a suceder o falecido: pela lei ou pelo testamento. Nesse sentido, dispõe o Código Civil: “Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

No primeiro caso, o sucessor é denominado herdeiro legítimo, pois sua qualidade sucessória decorre da lei, segundo a ordem de vocação hereditária; no segundo caso, é chamado de sucessor testamentário, por se tornar sucessível em decorrência do testamento. Há, todavia, duas espécies de sucessores testamentários: o herdeiro testamentário e o legatário.

De acordo com os ensinamentos de Itabaiana de Oliveira³⁰⁶, herdeiro é aquele que sucede na totalidade da herança ou parte dela, sem determinação de valor ou de objeto. O herdeiro é legítimo (ou *ab intestato*), quando recolhe a herança em virtude da lei. Se, de modo diverso, for nomeado ou instituído em testamento, será denominado testamentário ou

³⁰⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Elementos de direito das sucessões**: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Typog. do Jornal do Commercio, 1929, p. 29-31.

ex testamento. Por fim, aquele em cujo favor o testador dispuser de valores ou objetos determinados, ou de parte deles, será considerado legatário.

Ao tratar das espécies sucessórias, Clóvis Beviláqua³⁰⁷ explicita que a legislação romana queria que a vocação hereditária se fizesse por um modo com exclusão do outro: ou a sucessão era legítima, ou testamentária. Daí a o preceito “*Nemo ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest*”. O direito moderno, porém, permite que o testador disponha somente de uma parte de seu patrimônio, ou que o distribua todo em legados.

No entanto, diante da existência de herdeiros necessários, o testador só pode dispor da metade de seu patrimônio, em favor de terceiros (CC, art. 1.789). O testador pode, contudo, deixar sua parte disponível, ou algum legado, a um herdeiro necessário, sem que este perca o direito à legítima. (CC, art. 1.849). Pode, ainda, o testador, indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas (CC, art. 2.014). Acerca do tema, explica Ney de Mello Almada:

A sucessão testamentária tem a robustecer sua compleição jurídica o princípio da liberdade de testar, reconhecido, em geral, às pessoas físicas. Sofre, contudo, a limitação representada pelas legítimas dos herdeiros necessários. Não os havendo, a liberdade conferida ao disponente é plena e irrestrita. Distingue-se da sucessão legítima por não ser, como esta, necessariamente universal.³⁰⁸

Sucessão legítima, nas palavras de Carlos Maximiliano, é a que, na falta de disposição expressa e válida do *de cujus*, relativa a todo o acervo hereditário, a lei defere a certas pessoas, em atenção ao vínculo familiar e à vontade presumida do falecido. Segundo complementa o autor, a sucessão legítima tem as suas raízes “na preocupação social com a unidade e a solidariedade da família: o direito de suceder prolonga-se até onde se estende a consciência daquela unidade e a presunção da existência da solidariedade”.³⁰⁹

À legitimação para ser sucessor dá-se o nome de vocação hereditária. Esta “decorre de lei, a qual estabelece a ordem sucessória, ou de testamento, quando alguém,

³⁰⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**, p. 24-26.

³⁰⁸ ALMADA, Ney de Mello. **Sucessões**: legítima – testamentária – inventários e partilhas. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

³⁰⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**, p. 143.

independentemente da classificação de herdeiro ou não, é contemplado com bens”.³¹⁰

2.2.1 Herdeiros e Legatários

Conforme exposto acima, a sucessão pode ser classificada quanto ao seu conteúdo ou modo de disposição, caso em que será chamada de sucessão a título universal ou sucessão a título singular.

Será a título universal a sucessão decorrente da lei, que indica os sucessores que deverão receber o patrimônio do falecido. Também será a título universal a sucessão testamentária pela qual o testador destinou a cada sucessor uma fração do seu patrimônio.³¹¹ Na sucessão a título universal, o sucessor é denominado “herdeiro”, e o que ele recebe é chamado de “herança”. Havendo vários herdeiros, serão eles intitulados “coerdeiros”.

Na sucessão a título singular, o sucessor é nomeado para receber um ou mais bens individualizados, e não a herança como um todo. Nessa espécie sucessória, o sucessor é denominado “legatário” e o que ele recebe é chamado de “legado”. Havendo vários legatários, serão eles intitulados “colegatários”.

Inocêncio Galvão Telles explana que, no Código Civil português, o artigo 2030º, que define as espécies de sucessores, foi concebido e redigido sob a inspiração da concepção romanista do herdeiro como continuador da personalidade do defunto, criticando o fato de o legislador ter se esquecido de que, dentro do próprio Direito Romano, essa concepção só vigorou nos tempos primitivos. Sustenta o autor que a distinção entre sucessores deve ser realizada com base na diversidade de sucessões, quanto

³¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, p. 47.

³¹¹ Sobre a definição de herdeiro no Direito português, discorre João Gomes da Silva: “Na nossa definição legal, o herdeiro é o sucessor universal, aquele que sucede na totalidade ou numa quota do património do defunto. A qualificação do sucessor universal como herdeiro tem-se por imperativa no direito português, em que se dispõe que a qualificação feita pelo testador em contrariedade ao critério exposto não confere, a quem não for instituído no património ou numa sua quota, o título de herdeiro. Afirma-se, assim, a exclusividade de um critério objectivo de designação do herdeiro, fundado, apenas, na verificação da instituição no todo ou numa quota”. (SILVA, João Gomes da. **Herança e sucessão por morte**: a sujeição do património do *de cuius* a um regime unitário no livro V do Código Civil. Lisboa: Universidade Católica, 2002, p. 177).

ao seu objeto. Nesse sentido, explica:

A herança de uma pessoa falecida constitui, no seu todo, uma **universalidade**, ou seja, um conjunto de **bens autônomos (direitos ou coisas), com destino comum, e susceptível de renovação, mediante a saída de uns elementos e a entrada de outros. Herdeiro** é o que sucede na **universalidade** em si, ainda que desfalcada de bens concretos, dela destacados. **Legatário** é o que sucede nesses bens concretos (coisas, como um automóvel, ou **valores**, como tantos euros). (grifo do autor).³¹²

O Código Civil brasileiro não contém clara distinção acerca das espécies de sucessores, mas permite a dedução de que o herdeiro sucede a título universal, recebendo a herança como um todo, enquanto o legatário é beneficiado com um ou mais bens singularizados.

Conforme observa Orlando Gomes, porém, a definição de legado “tem torturado os juristas porque as legislações designam com esse vocábulo diversas espécies de disposições testamentárias, às quais faltam um traço comum”.³¹³

Apesar disso, a tendência é considerar como legado toda disposição testamentária a título particular, seja qual for seu conteúdo. São legados, outrossim, não apenas as atribuições patrimoniais, mas também as determinações que não importam efetivamente a diminuição da herança, nem implicam propriamente em transmissão sucessória, como a quitação de uma dívida, a liberação de um direito real na coisa do legatário ou o legado de coisa alheia.

2.2.2 Herdeiros Facultativos e Herdeiros Necessários

A liberdade de uma pessoa de dispor de seus bens para depois de sua morte não é ilimitada no Direito brasileiro. Se o testador tiver determinados herdeiros, chamados pela lei de “necessários”, ele não poderá dispor de todo o seu patrimônio em prejuízo desses sucessores.

³¹² TELLES, Inocêncio Galvão. **Sucessões**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 24.

³¹³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev. atual. e aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179.

O artigo 1.789 determina que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. Isso ocorre porque pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (art. 1.846).

Herdeiros necessários são, destarte, aqueles em cujo proveito a lei reserva certa parte da herança do falecido, de maneira que este não poderá dela dispor em sua integralidade, mas apenas na fração denominada disponível.

Segundo o Código Civil de 1916, o testador que tivesse descendente ou ascendente sucessível não poderia dispor de mais da metade de seus bens (CC/1916, art. 1.721). Embora não trouxesse propriamente um rol de herdeiros necessários, indicava quem deveria ser protegido com legítima: os descendentes e os ascendentes, estes na falta daqueles.

O atual diploma, de modo diverso, preferiu trazer um elenco dos herdeiros necessários. De acordo com o artigo 1.845 do Código Civil de 2002, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Como se percebe, a grande modificação foi a introdução do cônjuge entre aqueles que merecem a proteção legal.

Nada dispôs o Código acerca do companheiro que vive em união estável, diante do que a doutrina, de modo geral, tem expressado que ele não é herdeiro necessário. Se assim for, o companheiro poderá ser afastado da herança por testamento. Entretanto, há que se proceder à minuciosa investigação, a fim de se perscrutar se isso pode ou não ocorrer.

Conforme explica Andrea Bucelli, a recomposição da categoria dos herdeiros necessários, também chamados de legitimários, não depende de uma mera descrição, mas se traduz na mudança da configuração de seus direitos.³¹⁴ Em outras palavras, pode-se dizer que são herdeiros necessários aqueles que o ordenamento entende que devam ser protegidos por fazerem parte da família imediata do falecido.

Os herdeiros necessários não se confundem com os herdeiros legítimos. Embora

³¹⁴ BUCELLI, Andrea. **I Legittimari**. Milano: Giuffrè, 2002. (Serie Il Diritto Privato oggi), p. 44. Essa constatação decorre, por exemplo, da igualdade de tratamento sucessório dos filhos naturais e legítimos, ambas as categorias consideradas como sucessores legitimários pelo artigo 536 do Código Civil italiano, como corolário lógico e coerente da equiparação constitucional de filiação, no âmbito do direito de família. A partir desse raciocínio, pode-se deduzir que, no direito brasileiro, os companheiros devam ser considerados herdeiros necessários assim como os cônjuges, por também pertencerem a uma espécie de entidade familiar protegida expressamente pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 226, § 3.º.

todo herdeiro necessário seja também herdeiro legítimo, nem todo legítimo é necessário. Em outras palavras, o rol de herdeiros necessários é mais restrito.

São herdeiros legítimos aqueles previstos no Código, ao estabelecer a ordem de vocação hereditária: a) descendentes; b) ascendentes; c) cônjuge ou companheiro; d) colaterais até o 4.º grau.³¹⁵

Legítimos são aqueles chamados pela lei a suceder o falecido em seus direitos e obrigações transmissíveis em virtude de sua morte.

Necessários são os herdeiros legítimos que não podem ser afastados da sucessão por mero arbítrio do *de cujus*, ao fazer um testamento.

Percebe-se que dos herdeiros legítimos, apenas os colaterais não são necessários. Ou seja, embora a lei lhes confira vocação para receber a herança, o *de cujus* poderá afastá-los de acordo com seu bel-prazer, bastando, para isso, que faça um testamento deixando seus bens para outras pessoas.

No caso dos herdeiros necessários, porém, isso não poderia ocorrer. Eles somente podem ser afastados da herança pelo *de cujus* na hipótese de praticarem determinados atos previstos em lei como passíveis de afastá-los da sucessão por deserdação.

Como salientado acima, discute a doutrina se o companheiro que vive com o *de cujus* em união estável pode ser afastado da sucessão por testamento. A maioria da doutrina não o considera como herdeiro necessário, por não ser mencionado do artigo 1.845, que estabelece, *in verbis*: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Não obstante a omissão do legislador, há que se questionar se isso verdadeiramente impede o companheiro de ser considerado herdeiro necessário. Afinal, há uma série de razões que têm levado vários doutrinadores a atribuírem ao companheiro essa qualidade.

O assunto será mais amplamente considerado no Capítulo 5, quando serão apresentados todos os motivos pelos quais muitos têm adotado o entendimento que o companheiro não pode ser tratado como um herdeiro facultativo.

³¹⁵ A ordem de vocação hereditária, prevista no artigo 1.829, deve ser interpretada em conjunto com o art. 1.790, que também trata da sequência sucessória, ao definir a herança do companheiro.

Por ora, basta dizer que alguns desses motivos relacionam-se com as omissões e contradições presentes no Código Civil de 2002, provenientes, muitas delas, da fase final de elaboração do novo diploma. Outros dizem respeito à maneira pela qual o Código regulamenta a sucessão na união estável, parecendo atribuir forçosamente ao companheiro uma parcela da herança. Há ainda aqueles que estão relacionados com a questão da constitucionalidade do tratamento que deve ser dispensado aos conviventes.

O fato é que, por esses e outros motivos, que serão futuramente examinados, poder-se-á cogitar serem herdeiros necessários: a) os descendentes; b) os ascendentes; c) o cônjuge ou companheiro.

Obviamente, há que se reconhecer não ser este o posicionamento pacífico na doutrina, diante do que se faz necessária uma cuidadosa investigação da matéria, antes de se poder chegar a qualquer conclusão definitiva.

2.3 DIREITO À LEGÍTIMA

Em atenção aos interesses da família, diversas legislações limitam a liberdade de uma pessoa de dispor de seus bens para depois da morte. Nessa linha, o Código Civil brasileiro só permitiu ao testador dispor de metade de seu patrimônio³¹⁶, sendo a outra metade destinada aos familiares mais próximos, chamados de herdeiros necessários, forçosos, legitimários ou reservatários.³¹⁷ A essa porção de bens que o testador não pode dispor dá-se o nome de herança necessária, parte indisponível, quota reservada ou legítima. Prevê o Código Civil brasileiro: “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

A sucessão necessária, conforme demonstra Andrea Bucelli, encontra-se intimamente ligada ao *status familiae*, do qual depende.³¹⁸ Desse modo, no elenco dos herdeiros necessários encontram-se os membros da chamada família nuclear, formada pelo

³¹⁶ Estabelece o Código Civil brasileiro: “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

³¹⁷ No Código Civil de 1916 já se preferiu utilizar a primeira expressão, segundo Clóvis Beviláqua, “por ser a mais expressiva”. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. Edição histórica, p. 918).

³¹⁸ BUCELLI, Andrea. **I Legittimari**, p. 42.

matrimônio e pelos descendentes e ascendentes. A Constituição da República Federativa do Brasil reconheceu expressamente a união estável como entidade familiar, do que se depreende que os companheiros também fazem parte desse núcleo protegido constitucionalmente, merecendo ser incluídos entre os herdeiros necessários. Antes de analisarmos se isso ocorreu em nosso país, convém tecermos algumas breves considerações sobre como o direito à legítima é tratado no mundo.

Conforme relata Zeno Veloso, a reserva hereditária “não é conhecida no direito anglo-saxão (Inglaterra, Estados Unidos), que, num individualismo exacerbado, confere liberdade praticamente absoluta para que o indivíduo disponha de seus bens para depois da sua morte”.³¹⁹ Nos países de raiz latina, porém, a liberdade de testar é limitada, visando preservar uma parcela dos bens da herança, em benefício de determinados herdeiros.

A respeito da importância da legítima, já explicava Clóvis Beviláqua:

A socialização do direito e o reclamo dos sentimentos ethicos oppõem-se a que se ponha nas mãos do indivíduo essa arma perigosa da plena liberdade de testar, com a qual o egoismo póde praticar revoltantes injustiças, desfazer o bem estar doméstico e conturbar a base economica da sociedade.³²⁰

De modo semelhante, Inocêncio Galvão Telles³²¹, após indagar se a liberdade testamentária deveria ser absoluta, excluindo toda e qualquer forma de sucessão necessária, passa a responder que o mais razoável “é que a lei proteja os familiares próximos do *de cuius* contra o arbítrio deste reservando-lhes não todo patrimônio, o que seria excessivo, mais uma quota que poderá variar conforme os casos”.

Continuando sua explanação, o autor afirma que a legítima é intocável, pois, sem ela, “a função social da propriedade na sua projecção familiar não adquiria o relevo suficiente ficando à inteira mercê do testador”. Declara, ainda, que “a família, no seu núcleo mais significativo pela maior proximidade dos vínculos, só fica devidamente resguardada ou acautelada por meio da sucessão necessária”.³²²

Revela-nos o mesmo autor que, na história e no mundo contemporâneo, apontam-se

³¹⁹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 26.

³²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Beviláqua**. Edição histórica, p. 918.

³²¹ TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões: noções fundamentais**. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 1973, p. 243 et seq.

³²² Ibidem.

exemplos de irrestrita liberdade de testar. Nesse sentido, o Direito Romano, evoluindo num caráter individualista, reconheceu essa liberdade a partir da Lei das XII Tábuas, mas sofreu uma reação contrária de um movimento favorável aos parentes próximos, restabelecendo a sucessão necessária. Fez isso, primeiramente, ao impor a necessidade de deserdar expressamente os parentes próximos; depois, instituindo uma quota hereditária chamada legítima, que tinha por fundamento o *officium pietatis* ou dever de piedade.

No Direito anglo-saxão, há exemplos de países que dão ao testamento primazia absoluta. Mas mesmo nesses lugares, vem se desenvolvendo uma tendência contrária à irrestrita liberdade de testar.

Entretanto, o direito à legítima tem sido recentemente questionado em alguns Estados que antes o consideravam intocável. Como revela Maddalena Cinque, “nos últimos trinta anos, profundas mudanças afetaram a estrutura social familiar, tornando cada vez mais premente a necessidade de um mercado ágil e competitivo”. Essa nova realidade tem levado muitos a repensarem o instituto da legítima, “que tem suas raízes na força dos laços familiares e que, em virtude destes, sacrifica, até certo ponto, a autonomia do *de cuius* e a segura circulação dos bens”.³²³

A autora revela que na Itália esse debate jurídico tem sido impulsionado por um projeto de lei que propõe a revogação quase integral do instituto da “*successione necessaria*”. Aduz, ainda, que o renovado interesse no assunto se estende para além das fronteiras nacionais, alcançando outros países da Europa. A reflexão acerca da possibilidade de supressão da legítima, contudo, deve sujeitar-se a uma etapa preliminar: a análise sobre a origem constitucional do direito dos herdeiros necessários.³²⁴

Assim como se dá com a Constituição italiana, a nossa também não prevê expressamente o direito à legítima, o que permite o questionamento quanto à indiferença,

³²³ CINQUE, Maddalena. Sulle sorti della successione necessaria. **Rivista di diritto civile**. Anno LVII, n.º 5, p. 493-530, Padova: Cedam, sett.-ott. 2011, p. 493. Tradução livre. Consta do original: “*Nell’ultimo trentennio profondi cambiamenti hanno investito la struttura sociale della famiglia e, in altro senso, hanno reso sempre più pressante l’esigenza di un mercato agile e competitivo. Questa realtà mutata è inevitabilmente il terreno per un ripensamento — in assoluto o solo nella vigente configurazione italiana — della successione necessaria, istituto che affonda le proprie radici nella forza dei legami familiari e che in virtù di questi sacrifica, in certa misura, l’autonomia, del de cuius e la sicura circolazione dei beni.*”

³²⁴ Ibidem, p. 494.

contrariedade ou cobertura constitucional da sucessão legítima.³²⁵

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, como decorrência do direito de propriedade, alistado no *caput* do artigo 5.º, o direito sucessório, ao dispor: “XXX – é garantido o direito de herança”. Cumpre-nos saber se, ao consolidar esse direito, a Constituição pretende assegurar o direito hereditário de modo que certos sucessores, indicados pela lei, não possam ser afastados da herança por testamento.

A respeito do tema, Débora Gozzo tece a seguinte ponderação: “Tendo a Constituição da República garantido o direito de herança como **direito fundamental**, entende-se que o direito à legítima, que o integra, é consequentemente intangível”. (grifo do autor).³²⁶

Ana Luiza Maia Nevares, por outro lado, embora considerando que o fenômeno sucessório é uma garantia fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, sustenta que “uma lei que determine a extinção da quota necessária será anti-social, mas não inconstitucional”.³²⁷ Para a autora, embora o instituto da legítima concretize no ordenamento jurídico brasileiro princípios constitucionais, não há na Constituição nenhuma garantia ao direito dos herdeiros necessários. Com base nesse raciocínio, seria inconstitucional uma lei que extinguisse o direito hereditário, em si, mas não a reserva dos herdeiros necessários.³²⁸

Aurelio Barrio Gallardo, ao analisar a situação na Espanha, conclui que a Constituição espanhola não impõe um determinado modelo sucessório, apresentando a

³²⁵ A Constituição da República Italiana, porém, determina em seu artigo 42, parágrafo 4.º, que a lei deve estabelecer as normas e os limites da sucessão legítima e da testamentária, o que fortalece a tese que reconhece à sucessão necessária uma implícita cobertura constitucional. (CINQUE, Maddalena. *Sulle sorti della successione necessaria*, p. 496).

³²⁶ GOZZO, Débora. *Direito fundamental de herança e liberdade de testar*. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Direito e dignidade da família**: do começo ao fim da vida. São Paulo: Almedina, 2012, p. 519.

³²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.169.

³²⁸ A mesma autora, contudo, sustenta: “a liberdade de testar encontrará uma tensão sempre que o seu exercício importar em um atentado aos objetivos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, informados pela dignidade da pessoa humana e pela solidariedade”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. cit.*, p.184). Em sendo assim, não vemos como considerar constitucional uma lei que permitisse a irrestrita liberdade de dispor dos bens em testamento, em desrespeito ao princípio da solidariedade familiar e em afronta à dignidade dos membros da família do testador, privando-a do necessário à sua subsistência. A reserva dos herdeiros necessários, por conseguinte, é o modo encontrado pelo legislador infraconstitucional para assegurar a proteção à família. Em sendo assim, a legítima até poderia ser reduzida, mas jamais eliminada do ordenamento jurídico brasileiro.

constatação de que não seria necessário que a legislação mantivesse a reserva dos herdeiros necessários, desde que fosse satisfeita a exigência constitucional de proteção à família, o que poderia ser assegurado por outros meios, como uma prestação de caráter alimentar.³²⁹

Entretanto, se enxergarmos o direito à legítima como a viabilização do direito à sucessão *causa mortis*, uma lei que pretendesse extirpá-lo do ordenamento jurídico poderia muito bem ser considerada como afrontando o mandamento constitucional. Nesse sentido, pode-se visualizar a previsão contida no inciso XXX do artigo 5.º da Constituição não apenas como um direito a ser exercido contra o Estado, que não pode suprimir o direito à herança, mas também em oposição ao próprio *de cujus*, a quem não é dado subtrair da sua família as condições mínimas de subsistência.

Partindo do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana constitui a base dos direitos fundamentais, há que se reconhecer a ligação desses direitos com os valores que a eles estão subjacentes, o que, nos dias atuais, embasa e informa sua concretização “quer seja por parte do Poder Público em suas diferentes esferas, quer seja entre os particulares”.³³⁰ Daí decorre a importância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo a limitar não somente o poder político, mas também a atuação de cada pessoa.

Com base nesse reconhecimento, do respeito aos direitos de cada ser humano por parte dos demais, deve-se admitir que o direito à herança, interpretado segundo os princípios constitucionais, engloba, no caso dos herdeiros necessários, o direito à legítima.

Entre a autonomia testamentária e a proteção das famílias, esta há que prevalecer. E esse é o propósito da legítima, “figura construída com base em regras jurídicas, éticas, morais, econômicas, considerando sobretudo a necessidade de preservar e defender os interesses da família.”³³¹ Diante disso, a ideia da defesa da legítima possui uma “força correspondente aos interesses de ordem pública que justificam a sua instituição, apoiada na necessária coesão da sociedade familiar”.³³²

³²⁹ GALLARDO, Aurelio Barrio. **El Largo camino hacia la libertad de testar:** de la legítima al derecho sucesorio de alimentos. Madrid: Dykinson, 2012, p. 529 e ss.

³³⁰ MELO, Adriana Zawada. A Dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais:** a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

³³¹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 26.

³³² LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código Civil anotado:** artigos 2024.º a 2334.º, p. 266.

Com efeito, o princípio da solidariedade familiar, aplicado à regulamentação do fenômeno sucessório, conduziu o legislador brasileiro à reserva dos herdeiros necessários, não permitindo que o testador dispusesse de mais da metade da herança em prejuízo desses sucessores (CC, art. 1.789).³³³

Desse modo, ainda que não se reconhecesse que o direito à reserva hereditária constitui direito fundamental, haveria que se considerar que, uma vez que o Código Civil brasileiro concede aos familiares mais próximos do falecido o direito a uma quota mínima da herança, os herdeiros necessários não podem ser dele privados.³³⁴

2.3.1 Legítima e Metade Disponível

Legítima é a porção de bens reservada aos herdeiros necessários de uma pessoa, da qual esta não pode dispor em favor de terceiros, correspondente à metade de seu patrimônio.³³⁵

Dispõe o artigo 1.846: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

Pela literalidade desse artigo, a legítima seria a metade simples dos bens da herança. A redação do dispositivo, porém, não é suficiente para permitir a perfeita compreensão da legítima. Para tanto, como explica José Luiz Gavião de Almeida, “há necessidade de utilização da fórmula de cálculo prevista no artigo seguinte, que manda

³³³ Conforme já explicara Beviláqua, a lei não pretende tirar do proprietário o direito de dispor de seus bens para depois de sua morte. Apenas velando pela sorte de determinados familiares, impede que “a liberalidade em benefício de outros absorva a totalidade dos bens”. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Beviláqua**. Edição histórica, p. 752).

³³⁴ Inocêncio Galvão Telles, após expor que os inconvenientes de ordem social e econômica, imputados contra a sucessão legitimária, não são suficientes para a postergar, comentava, há décadas, que o instituto da legítima, além de consagrado pelos povos cuja legislação derivou do Direito Romano, é defendido pelos “renovadores do direito civil, que até propugnam a sua generalização, pelo menos ao cônjuge” (TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões: noções fundamentais**, p. 247). Essa defesa veio resultar na inclusão atual do cônjuge na posição de herdeiro necessário em vários países.

³³⁵ LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito civil explicado por meio de casos práticos: sucessões**. São Paulo: Nelpa, 2009, p. 212.

acrescer certos bens e abater certos valores”.³³⁶

O artigo 1.847 do Código Civil dispõe: “Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação”.³³⁷

A despeito da redação lacônica, o que o dispositivo quer dizer é que, do montante dos bens existentes na abertura da sucessão, serão abatidas as dívidas e as despesas do funeral. O valor obtido (patrimônio líquido) será dividido em duas partes iguais, sendo que uma será a parte disponível e a outra a indisponível. A esta serão acrescidos os valores dos bens sujeitos à colação e obter-se-á, então, a legítima.

Chega-se a essa conclusão especialmente em face do que dispõe o parágrafo único do artigo 2.002 do Código Civil: “Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível”.

Flávio Augusto Monteiro de Barros³³⁸ apresenta uma fórmula bastante simples para a realização do cálculo:

$$L = \frac{1}{2} HL + DC$$

Significa: legítima é igual à metade da herança líquida mais as doações colacionáveis.

Percebe-se, portanto, que nem sempre o valor da legítima corresponderá à metade do patrimônio do falecido (como dá a entender erroneamente o art. 1.846 do Código).

Embora aparentemente confusa, a fórmula parte de um raciocínio muito simples: a doação feita ao descendente, por exemplo, é considerada um adiantamento do que por lei caber-lhe-ia como herança. Isso ocorre porque o artigo 544 considera o valor doado ao herdeiro necessário como parte da legítima. Assim, esse valor deve ser acrescentado à

³³⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões (artigos 1.784 a 1.856). Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII, p. 252.

³³⁷ A redação do dispositivo correspondente no Código anterior era mais clara, posto que mais detalhista: “Art. 1.722. Calcula-se a metade disponível (art. 1.721) sobre o total dos bens existentes ao falecer o testador, abatidas as dívidas e as despesas do funeral. Parágrafo único. Calculam-se as legítimas sobre a soma que resultar, adicionando-se à metade dos bens que então possuía o testador a importância das doações por ele feitas aos seus descendentes (art. 1.785)”.

³³⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil**: família e sucessões. São Paulo: Método, 2004, p. 260.

metade do patrimônio líquido deixado pelo falecido (ou seja, à parte indisponível, que constitui a outra parcela da legítima).

Portanto, se o *de cujus* fez alguma doação aos seus descendentes ou ao cônjuge, o valor doado terá que ser trazido à colação, ou seja, adicionado à metade do patrimônio do falecido existente no momento da morte. O total será o valor da legítima.

Quando o doador realiza a liberalidade sem mencionar que está retirando o bem da sua parte disponível, há uma presunção de que sua intenção era considerá-lo como adiantamento da herança – ou, em outras palavras, como parte da legítima. Outrossim, o bem doado passa a constituir um valor a mais a ser acrescentado à parte indisponível, ou seja, à legítima. Portanto, o valor das doações não deve ser dividido pela metade, pois todo ele constitui “adiantamento da legítima” (como já expressava o art. 1.171 do Código anterior e também dá a entender o art. 544 do Código atual).

2.3.2 Disposição de Bens e Preservação da Legítima

O § 1.º do artigo 1.857 do Código Civil afirma que a legítima dos herdeiros necessários “não poderá ser incluída no testamento”. Numa interpretação literal, chegaríamos à conclusão de que o testador não pode indicar, em seu ato de última vontade, o modo como gostaria de distribuir seus bens entre os herdeiros necessários. Mas isso não é verdade, como esclarece Zeno Veloso: “Trata-se de uma fórmula equívoca, que não traduz a realidade. O legislador expressou-se mal, falou atecnicamente, disse mais do que queria dizer”.³³⁹ Na realidade, o que não pode o testador é dispor da metade dos bens da herança, que constitui a legítima, em prejuízo de seus herdeiros necessários. Esse é também o significado do artigo 1.789, que reza: “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

A análise quanto ao valor das doações deve ser feita no momento da liberalidade. Em decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Menezes Direito afirmou que “o argumento da pobreza final, da não existência de bens para os herdeiros

³³⁹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 26.

necessários quando da abertura da sucessão, não tem força para anular as doações se, no momento em que foram feitas, o patrimônio do doador tinha condições para desqualificar o excesso”.³⁴⁰

Quanto às disposições efetuada por meio de testamento, surge uma interessante questão relativa à introdução do cônjuge no rol dos herdeiros necessários. Pelo artigo 1.721 do Código Civil de 1916, numa interpretação *a contrario sensu*, o testador que não tivesse descendentes nem ascendentes poderia dispor da totalidade de seus bens, mesmo que fosse casado. Tendo uma pessoa elaborado seu testamento na vigência do Código de 1916, mas vindo a morrer quando o Código de 2002 já havia entrado em vigor, resta saber se sua manifestação de última vontade é válida e eficaz. Sendo o cônjuge atualmente herdeiro necessário, as disposições que ultrapassarem a metade disponível terão de ser reduzidas, em conformidade com o artigo 1.967 do diploma vigente. Essa foi, a propósito, a conclusão a que se chegou na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, por meio do Enunciado n.º 118: “Art. 1.967, *caput* e § 1.º: O testamento anterior à vigência do novo Código Civil se submeterá à redução prevista no § 1.º do art. 1.967 naquilo que atingir a porção reservada ao cônjuge sobrevivente, elevado que foi à condição de herdeiro necessário”.³⁴¹

Conquanto esse posicionamento pareça inquestionável, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça tomou uma decisão em sentido contrário. No caso concreto, o marido, casado pelo regime da separação convencional de bens, elaborou seu testamento no ano de 2001, destinando toda a sua herança a um sobrinho. Vindo o testador a morrer no ano de 2004, deixou a viúva supérstite, que, no entanto, faleceu quatro meses depois, deixando onze sobrinhos. Estes requereram a habilitação no processo de inventário como seus herdeiros, alegando que, como a tia estava viva naquele momento, e sendo ela herdeira necessária, teria recebido a legítima e a transmitido, com sua morte, a seus próprios sucessores. No julgamento, porém, entendeu-se que eles não tinham direito à herança, pois, embora devesse prevalecer, via de regra, a lei vigente à época do falecimento,

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Excesso em doações que possa prejudicar herdeiros deve ser avaliado no momento do ato. **Sala de notícias**, 17 dez. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108099&tmp.area_ante_rior=44&tmp.argumento_pesquisa=#>. Acesso em: 18 dez. 2012.

³⁴¹ I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, Brasília – DF. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 1.º jan. 2013.

“excepcionalmente, tendo em vista as peculiaridades do caso em apreço, em homenagem ao disposto no art. 6.º, §§ 1.º e 2.º, da LICC, que assegura respeito ao ato jurídico perfeito, devem ser mantidas hígidas as disposições de última vontade do testador”.³⁴²

Não há como concordar com essa decisão, visto que, de acordo com o Código Civil, a lei vigente no momento da morte é que regula a sucessão e a legitimação para suceder.³⁴³ Ademais, não pode o testamento impedir a incidência de norma de ordem pública. Se o cônjuge passou a ser herdeiro necessário, embora casado pelo regime da separação convencional de bens, não há como aplicar a disposição testamentária em prejuízo do direito à legítima.³⁴⁴

2.3.3 Restrições à Legítima

Conforme temos considerado, o *de cuius* não pode dispor de mais da metade de seu patrimônio em prejuízo de seus herdeiros necessários, pois a outra metade a eles pertence por força de lei, constituindo a legítima.

Embora o *de cuius* tenha de respeitar essa proporção fixada em lei, admite-se que o testador exerça certo controle sobre o conteúdo dessa parcela, podendo indicar, por

³⁴² “DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. 1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. 2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário. 3. Recurso conhecido e provido.” (REsp 1111095/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 11/02/2010).

³⁴³ Reza o Código Civil de 2002: “Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela”. No mesmo sentido, já constava do diploma de 1916: “Art. 1.577. A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor”.

³⁴⁴ Correto foi o entendimento do Ministro João Otávio de Noronha, que, em seu voto divergente, conclui: “Vê-se, portanto, que: a) segundo disposições do Código Civil de 2002, o cônjuge supérstite é herdeiro necessário; b) a capacidade para suceder corresponde à lei em vigor quando da abertura da sucessão; c) inexistente direito adquirido de herdar enquanto vivo o autor do patrimônio a ser partilhado; d) não houve renúncia à herança pela [viúva]. Com base em todo o exposto, e pedindo vênias ao ilustre Relator, não conheço do recurso especial”. (REsp 1111095/RJ, Voto-vista, Ministro João Otávio de Noronha).

exemplo, quais são os bens que irão compô-la.³⁴⁵ Nesse sentido, preceitua o artigo 2.014 do Código Civil: “Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas”.

Além disso, embora o artigo 1.789 estabeleça que, “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”, não é exatamente isso o que ocorre. O dispositivo deve ser interpretado da seguinte maneira: havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança em prejuízo desses herdeiros.

Ou seja, ainda que haja herdeiros necessários, o testador pode incluir todos os seus bens no testamento, dispondo deles como e a quem desejar, desde que respeite a quota mínima destinada por lei aos herdeiros necessários. Com efeito, prescreve o artigo 2.018: “É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.

Quanto à elaboração de cláusulas que restringissem a legítima do herdeiro necessário, cumpre salientar que o Código de 1916 permitia ao testador “determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia” (CC/16, art. 1.723).

O Código de 2002, ao contrário, proíbe expressamente ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa (CC, art. 1.848, § 1.º). Além disso, proclama que, “salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima” (art. 1.848, *caput*).³⁴⁶

Quanto ao testamento elaborado na vigência do diploma anterior, o artigo 2.042 do Código de 2002 preceituou que, no prazo de um ano após a sua entrada em vigor, o

³⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7, p. 188. O autor, porém, adverte: “Se, no entanto, for casado pelo regime da comunhão universal de bens e o cônjuge lhe sobreviver, a indicação dos bens constitutivos da legítima será reputada simples conselho, que o juiz atenderá ou não, porque o cônjuge sobrevivente tem preferência na escolha dos bens a serem partilhados, cuja metade já lhe pertence como meação”. (Ibidem, loc. cit.).

³⁴⁶ Quanto à necessidade de justificação na doação, porém, nada dispôs o novo Código, gerando a possibilidade de dois entendimentos: pelo primeiro, aplica-se a necessidade de justificação mesmo no caso de doação, a fim de evitar que a lei pudesse ser burlada; pelo segundo, como a lei nada dispôs do caso da doação, é desnecessária a justificação, até porque se trata de negócio jurídico bilateral, que conta com a concordância do donatário.

testador deveria aditá-lo para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima.

Portanto, não haveria necessidade de justificação no testamento elaborado sob a vigência do Código Civil de 1916, se a morte ocorrera até 10 de janeiro de 2004. A partir de 11 de janeiro de 2004, há necessidade de justificação da cláusula restritiva mesmo que o testamento tenha sido elaborado sob a égide do Código antigo.³⁴⁷

O artigo 1.911 prevê ainda que a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade. O parágrafo único do mesmo artigo determina que, no caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

2.3.4 Colação dos Bens Doados

Ao falecer uma pessoa, sem deixar testamento, seus bens são transmitidos imediatamente aos seus herdeiros legítimos, de acordo com a ordem de vocação hereditária estabelecida pela lei. Entretanto, se determinados herdeiros tiverem recebido uma doação do falecido, ocorrerá o que a lei chama de colação, ou seja, o herdeiro beneficiado durante a vida do doador terá de trazer ao montante partível o valor dos bens que lhe foram doados, a fim de igualar o quinhão de todos os herdeiros necessários de acordo com as regras da sucessão legítima. Por esse motivo, o Código Civil determina em seu artigo 544 que a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do

³⁴⁷ Reza o artigo 2.042 do Código Civil: “Art. 2.042. Aplica-se o disposto no *caput* do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição.” O dispositivo, presente no livro que traz as disposições transitórias, contém um evidente erro de redação. Na realidade, não se aplica o artigo 1.848 (que exige a justificação das cláusulas restritivas), quando aberta a sucessão dentro do prazo de um ano, contado a partir da entrada em vigor do novo diploma. Para as sucessões abertas após o referido prazo é que se exige a apresentação de uma justificativa. O erro de redação, todavia, já chegou a confundir a Egrégia Corte Paulista, que decidiu: “Testamento elaborado em 30 de outubro de 2002 – Falecimento ocorrido em 22 de setembro de 2003 – Aplicação dos artigos 1.848 c.c. 2.042, ambos do Código Civil – Intenção em não aditar que se delineia ante o decurso de quase 9 meses do prazo – Restrição que não prevalece – Recurso provido”. (TJSP, Agravo de Instrumento 9030276-22.2004.8.26.0000; Relator(a): Marcus Andrade Órgão julgador: Quinta Câmara de Direito Privado de Férias Data de registro: 17/08/2005).

que lhes cabe por herança.

Percebe-se que o artigo 544 do Código Civil trata da doação realizada em duas situações específicas. A primeira delas refere-se à doação feita por ascendentes a descendentes, como na hipótese em que um pai transfere a um de seus filhos a propriedade de um bem ou determinado valor em dinheiro. A segunda hipótese diz respeito à doação efetuada por um cônjuge a outro, que ocorre, por exemplo, quando o marido transfere parcela de seu patrimônio à sua esposa, na constância da sociedade conjugal.

Tais doações, realizadas sob circunstâncias especiais, a saber, debaixo de determinado vínculo, de parentesco ou conjugal, é regida por dispositivo próprio, que pretende evitar qualquer ofensa à igualdade entre os herdeiros necessários. Outrossim, dispõe o artigo em análise que essas doações importam adiantamento do que caberia por herança ao donatário. Daí resulta o dever de colação.

Itabaiana de Oliveira definia colação como o “acto pelo qual os herdeiros descendentes, concorrendo á sucessão do ascendente comum, são obrigados a conferir, sob pena de sonegados, as doações e os dotes, que delle em vida receberam, afim de serem igualadas as respectivas legítimas”.³⁴⁸ A definição se baseava no Código Civil de 1916, pelo qual somente os descendentes estavam obrigados à colação. Atualmente se poderia conceituá-la como o ato pelo qual o herdeiro necessário é obrigado a trazer ao conjunto patrimonial deixado pelo falecido qualquer bem ou valor que dele tenha recebido, em vida, a fim de concorrer com os demais herdeiros forçosos à partilha em condições de igualdade, de modo que não seja beneficiado em detrimento destes.

Doação colacionável corresponde, destarte, à transmissão de bens, a título gratuito, de ascendente a descendente, ou de um cônjuge a outro, retirados da parte indisponível do doador, e que, portanto, constitui adiantamento da legítima, devendo por isso tais bens serem computados entre os demais bens da herança, para que haja uma distribuição igualitária entre todos os herdeiros necessários.

A colação, desde o Direito Romano, funda-se em razões de equidade social, tendo por objetivo evitar o tratamento desigual entre os herdeiros. Segundo explica Zeno Veloso, o entendimento generalizado na doutrina é de que “a colação se baseia na vontade

³⁴⁸ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Elementos de direito das sucessões**: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro, p. 520.

presumida do *de cuius*, ou seja, que as liberalidades feitas a seus descendentes visam apenas que estes recebam antecipadamente e desfrutem em vida do doador o que lhes foi agraciado, e não estabelecer uma desigualdade sucessória”.³⁴⁹ Evidentemente, ao realizar uma doação a um de seus herdeiros, pode o doador revelar um desejo contrário, ou seja, de que o donatário seja beneficiado em relação aos demais herdeiros, recebendo maior quinhão do patrimônio. Para isso, basta que ele declare que o bem doado foi retirado da sua parte disponível, dispensando o donatário de trazer o bem à colação.³⁵⁰ Se não o faz, presume-se que sua intenção não é colocá-lo numa situação privilegiada, entregando-lhe maior parte do patrimônio, mas tão-somente realizar um adiantamento da parte que a ele caberia por ocasião da morte do doador.

A colação é também chamada de conferência.³⁵¹ Os herdeiros obrigados a levar os bens à colação são designados conferentes. Colação refere-se ao ato de informar ao juízo do inventário ou, no caso de inventário extrajudicial, aos demais sucessores, a existência de doações recebidas do *auctor hereditatis*, que não tenham natureza remuneratória, com o objetivo de igualar as legítimas dos herdeiros necessários.³⁵²

O Código Civil de 2002, ao tratar do tema da doação colacionável, foi mais técnico e abrangente do que o diploma anterior, que estabelecia em seu artigo 1.171 que a doação dos pais aos filhos importava adiantamento da legítima.

Primeiramente, há que se observar que a redação do Código atual não mais se refere apenas à doação “dos pais aos filhos”, como fazia o Código de 1916. Ao invés disso, alcança a “doação de ascendentes a descendentes”. Melhor, nesse sentido, a nova redação, haja vista que nunca foi o espírito da lei que a colação se restringisse às doações de pais para filhos. Afinal, o diploma revogado já impunha não apenas aos filhos, mas também a outros descendentes, a obrigatoriedade de colação em determinadas hipóteses. Com efeito, prescrevia o artigo 1.786 do Código anterior: “Os descendentes, que concorrerem à sucessão do ascendente comum, são obrigados a conferir as doações e os dotes, que dele

³⁴⁹ VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das sucessões (arts. 1.857 a 2.027). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 406.

³⁵⁰ Determina o artigo 2.005 do Código Civil: “São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação”.

³⁵¹ Preleciona Inocêncio Galvão Telles: “A palavra **colação** tem a sua origem etimológica no particípio passado, *collatum*, do verbo latino *conferre*, que quer dizer **transportar**. O descendente beneficiário da doação **transporta** para a herança do ascendente a liberalidade deste recebida, a fim de a partilha se realizar **em termos igualitários**”. (TELLES, Inocêncio Galvão. **Sucessões**: parte geral, p. 122).

³⁵² NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 3. ed., p. 474.

em vida receberam.” Portanto, dependendo da situação, mesmo que o donatário não fosse filho, mas neto do autor da herança, sobre ele também recairia o dever de colacionar os bens recebidos.³⁵³

A propósito, exemplifica Sylvio Capanema de Souza: “Se todos os herdeiros legítimos forem netos do autor da herança, que sobreviveu a todos os seus filhos, e se a um deles, ou a alguns, o avô fez doações, considerar-se-ão adiantamento do que lhes cabe por herança, já que, neste caso, os netos sucedem por direito próprio, e não por representação”.³⁵⁴

Nem toda doação realizada a herdeiro necessário terá de ser trazida à colação, mas apenas aquela retirada da parte indisponível do doador. Há que se lembrar, a esse respeito, que pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima, da qual o doador ou testador não pode dispor (Código Civil, arts. 549, 1.846 e 1.857, § 1.º). Quanto à outra metade, pode o *de cujus* dispor livremente. Assim, se constar do instrumento de doação que os bens doados foram retirados da parte disponível do doador, não haverá necessidade de colacioná-los. Determina o artigo 2.006 do Código Civil: “A dispensa da colação pode ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade.” O artigo 549 do mesmo diploma, por sua vez, estabelece: “Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”.

Assim, poderia o *de cujus* doar metade do patrimônio existente à época da doação a um de seus filhos, declarando retirar tal valor da sua parte disponível. Nesse caso, o valor que lhe restasse no momento da morte seria dividido entre todos os filhos, igualmente, sem a necessidade de que os bens doados fossem trazidos à colação. Percebe-se que o *de cujus* pode deixar sua parte disponível para quem quiser, estranho ou conhecido, parente ou amigo, cônjuge ou companheiro, herdeiro necessário ou herdeiro legítimo. A lei não lhe proíbe beneficiar mais um filho do que o outro, desde que respeite o mínimo a que cada

³⁵³ Observe-se, porém, que nem sempre o neto terá o dever de colacionar os bens que lhe foram doados, como bem explica Nelson Rosenthal: “[...] o termo ‘descendente’ apenas abrange liberalidades em prol daquele que estiver na ordem de vocação hereditária em condições de suceder por direito próprio ou por direito de representação. Exemplificando, não haverá colação quando a doação foi feita a um neto, quando todos os filhos eram vivos”. (ROSENTHAL, Nelson. Contratos (em espécie): arts. 481 a 652. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 594).

³⁵⁴ SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao novo código civil**: das várias espécies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação, da locação de coisas (arts. 533 a 578). Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII, p. 152.

herdeiro necessário tem direito como legítima.

Ademais, para que ocorra a colação, deverão existir outros herdeiros necessários disputando a herança com o donatário. Caso contrário, não haveria sentido no retorno dos bens ao monte-mor, para depois serem atribuídos novamente ao donatário em sua integralidade.

2.3.4.1 Valor da Colação

Questão de grande complexidade, que sempre despertou contundentes discussões entre os doutrinadores, diz respeito ao valor da colação. De acordo com o artigo 1.792 do Código Civil de 1916, os bens doados deveriam ser conferidos pelo valor certo, ou pela estimação que deles houvesse sido feita na data da doação. Conforme explica Antonio Carlos Marcato, esse “cálculo retrospectivo resultava em valores totalmente comprometidos pela corrosão inflacionária”³⁵⁵, circunstância que levou, em harmonia com o que já entendia a jurisprudência, à edição do parágrafo único do artigo 1.014 do Código de Processo Civil, pelo qual prevalecia, para o fim de colação, o valor do bem calculado ao tempo da abertura da sucessão hereditária.

O novo Código Civil, a despeito das inconveniências resultantes, estabelece: “Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes

³⁵⁵ MARCATO, Antonio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2.507.

atribuir o ato de liberalidade”.³⁵⁶

Como se vê, perdeu o legislador de 2002 a grande oportunidade de pôr fim à celeuma existente em torno do tema, novamente trazendo à baila o questionamento quanto ao valor da colação e regulando de forma contraditória a matéria.³⁵⁷

Com a entrada em vigor do novel diploma, pode-se entender que foi afastada a

³⁵⁶ O Código Civil brasileiro mantém, neste respeito, a posição adotada pelo Código Civil alemão, de acordo com o qual, ao se realizar a colação, “o valor se determina segundo o tempo em que a atribuição foi feita”. (§ 2055 (...) (2) *Der Wert bestimmt sich nach der Zeit, zu der die Zuwendung erfolgt ist.*). A maioria dos países, todavia, adota o critério de que os bens doados devem ser conferidos pelo valor que tiveram à data da abertura da sucessão: “*Code civil français, Article 860. Le rapport est dû de la valeur du bien donné à l’époque du partage, d’après son état à l’époque de la donation.*” (Código Civil francês, art. 860, tradução livre: A colação se faz pelo valor do bem doado à época da partilha, de acordo com seu estado à época da doação.); “*Code civil suisse, Art. 630. 1. Le rapport a lieu d’après la valeur des libéralités au jour de l’ouverture de la succession ou d’après le prix de vente des choses antérieurement aliénées.*” (Código Civil suíço, art. 630, al. 1, tradução livre: A colação é realizada de acordo com o valor das liberalidades no dia da abertura da sucessão ou de acordo com o preço de venda das coisas alienadas anteriormente); “*Codice Civile Italiano, Art. 747 Collazione per l'imputazione. La collazione per imputazione si fa avuto riguardo al valore dell'immobile al tempo dell'aperta successione.*” (Código Civil italiano, art. 747, tradução livre: Colação por imputação. A colação por imputação é feita segundo o valor do imóvel ao tempo da abertura da sucessão); Código Civil português, art. 2.109, 1: “*Artigo 2109º (Valor dos bens doados). 1. O valor dos bens doados é o que eles tiveram à data da abertura da sucessão.*”; Código Civil argentino, art. 3.477, al. 2: “*Artículo 3477. Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto. Dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso.*” (Tradução livre: Os ascendentes e descendentes, sejam uns e outros legítimos ou naturais, que tiverem aceitado a herança com benefício de inventário ou sem ele, devem reunir à massa hereditária os valores doados em vida pelo defunto. Ditoss valores devem computar-se ao tempo da abertura da sucessão, quer estejam quer não em poder do herdeiro. Tratando-se de créditos ou somas de dinheiro, os juízes podem determinar um equitativo reajuste segundo as circunstâncias do caso.); Código Civil paraguaio, art. 2.550: “*La colación deberá hacerse por el valor que los bienes tuvieron al tiempo de la demanda.*” (Tradução livre: A colação deverá ser feita pelo valor que os bens tiveram ao tempo da morte.); Código Civil peruano: “*Artículo 833º. Colacion de bienes. La colacion de los bienes se hace a eleccion de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a esta su valor. Si el bien hubiese sido enajenado o hipotecado, la colacion se hara tambien por su valor. En ambos casos, el valor del bien es el que tenga en el momento de la apertura de la sucesion.*” (Tradução livre: Art. 833. Colação de bens. A colação dos bens se faz pela escolha de quem os confere, devolvendo o bem à massa hereditária ou reintegrando a esta seu valor. Se o bem tiver sido alienado ou hipotecado, a colação far-se-á também por seu valor. Em ambos os casos, o valor do bem é o que tiver no momento da abertura da sucessão.); “*Civil Code of Québec, 873. Unless otherwise provided in the gift or will, property returned by taking less is valued at the time of partition if it is still in the hands of the heir, or on the date of alienation if it was alienated before partition.*” (Código Civil quebequense, art. 873, tradução livre: Salvo estipulação diversa na doação ou testamento, a propriedade devolvida é valorada ao tempo da partilha se ela ainda estiver nas mãos do herdeiro, ou pela data da alienação se for alienada antes da partilha.); “*Code civil español, Artículo 1045. No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.*” (Código Civil espanhol, art. 1.045, al. 1, tradução livre: Artigo 1045. Não são trazidas à colação e partilha as mesmas coisas doadas, mas apenas seu valor ao tempo em que se avaliem os bens hereditários.); *Código Civil macauense, Artigo 1950.º (Valor dos bens doados) 1. Na determinação do valor dos bens doados atender-se-á, sem prejuízo do disposto no artigo 1956.º, ao estado dos bens à data da abertura da sucessão.*

³⁵⁷ Ao contrário do que dispõe o artigo 2.004, de que **o valor de colação dos bens doados será aquele do ato de doação**, estabelece o § 2.º do artigo 2.007 que, em caso de necessidade de redução da liberalidade, se não mais existir o bem em poder do donatário, esta será feita em dinheiro, segundo o seu **valor ao tempo da abertura da sucessão**.

incidência do aludido parágrafo único do artigo 1.014 do Código de Processo Civil, o que tem sido alvo de críticas, por acarretar possíveis prejuízos aos herdeiros, à medida que o valor do bem colacionado, já desgastado pela inflação, provavelmente não se prestará a igualar as legítimas. Para evitar possíveis injustiças, deverá o julgador, a despeito da omissão da lei, ordenar a atualização monetária do valor doado até a data da abertura da sucessão.

Há que se concordar, nesse aspecto, com a censura tecida por Zeno Veloso, para quem “correto e mais justo seria manter o que dizia o art. 1.014, parágrafo único, do CPC, e estabelecer que os bens seriam conferidos na partilha pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão, abatidas, é claro, as acessões e benfeitorias que o donatário realizou”.³⁵⁸

Diante das críticas ao artigo 2.004 do Código Civil, propôs o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, por meio de uma interpretação sistemática e restritiva, que, para evitar o enriquecimento sem causa, a colação seja efetuada com base no valor da época da doação apenas na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Caso contrário, “a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito”.³⁵⁹

A conclusão coaduna-se com o pressuposto pelo qual, se o bem já não mais existe no patrimônio do donatário no momento da morte do *de cujus*, não é possível aferir seu valor a esse tempo; outrossim, nesta hipótese a colação seria feita, excepcionalmente, pelo valor do bem à época da doação. Ressalta-se, porém, que essa solução é exatamente oposta à do § 2.º do artigo 2.007 do Código Civil, pelo qual, em caso de redução da liberalidade, esta será feita em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, se não mais existir o bem em poder do donatário.

Há que se salientar, por fim, que nem sempre a solução dada pelo artigo 2.004 do Código Civil provocará um enriquecimento injustificado ao donatário. Suponhamos, por

³⁵⁸ VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das sucessões (arts. 1.857 a 2.027), p. 420.

³⁵⁹ Enunciado 119 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ.

exemplo, que um pai tenha feito a um de seus filhos a doação de um computador, no valor de cinco mil reais, e que cinco anos depois, o doador venha a falecer, quando o referido computador valesse apenas quinhentos reais. Conferido pelo valor ao tempo da doação, como ordena o Código Civil, os demais herdeiros serão beneficiados; ao contrário, se fosse trazido à colação pelo seu valor ao tempo da morte, eles seriam prejudicados.

Neste último exemplo, temos de reconhecer que seria justa a colação pelo valor do bem à época da liberalidade, como ordena o Código Civil brasileiro. Afinal, naquele momento o doador utilizou uma parcela significativa de seu patrimônio para proporcionar a um dos filhos um computador novo, de última geração. Não seria correto, portanto, trazer à colação o valor de um computador velho.

O Código Civil francês, embora adote o critério de se colacionar o bem pelo seu valor à época da partilha, acrescenta que isso deve ser feito de acordo com seu estado à época da doação (art. 860). No exemplo acima, seria trazido à colação o preço atual de um computador, porém, de um computador novo.

Qualquer um dos critérios, a nosso ver, pode ser justo ou não. Tudo depende de como o juiz o aplicará. Daí a importância de ser analisado caso a caso; e, se for necessário, atualizar-se o valor do bem colacionado.

2.3.4.2 Modo de se Realizar a Colação

O modo de se realizar a colação não foi, infelizmente, regulado com o devido

cuidado e atenção no novo diploma.³⁶⁰ Entretanto, pode-se deduzir que o Código Civil exige que a colação se faça em valor e não em substância.³⁶¹

Este assunto foi objeto de extenso debate na doutrina ao longo dos anos, diante da possível contradição existente no Código Civil de 1916.³⁶² Francisco Morato defendeu que a colação devia ser feita pelo valor do bem, e não pela restituição do próprio bem doado.³⁶³ Washington de Barros Monteiro, por outro lado, entendia que o Código de 1916 adotara como regra a colação em substância.³⁶⁴

Silvio Rodrigues sempre defendeu a posição de que, tanto na colação em substância quanto na colação pelo valor, o bem nunca retornaria ao acervo hereditário, sendo a colação, na verdade, sempre feita pelo valor: “conferir um bem não significa devolvê-lo ao

³⁶⁰ Silvio Rodrigues, em sua obra atualizada por Zeno Veloso, comenta: “E como se resolve, diante do Código Civil de 2002, a questão do modo de realizar a colação? Infelizmente, o capítulo que regula a matéria não é um exemplo de clareza, apresentando contradições e mesmo defeitos que já tinham sido apontados no Código de 1916. Afirma o parágrafo único do art. 2.003 do novo Código Civil: Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade. A leitura do preceito conduz o intérprete à conclusão de que, em regra, a colação deve ser feita em espécie, *in natura*. Por sua vez, o art. 2.004 diz que o valor da colação dos bens doados será o que lhes atribuir o ato de liberalidade. Este dispositivo leva o intérprete a deduzir que a colação deve ser feita em valor, imputando-se o valor do bem doado na quota hereditária do herdeiro donatário, solução, aliás, que é adotada no Código Civil alemão, art. 2.055; português, art. 2.108º, 1; espanhol, art. 1.045; argentino, art. 3.477”. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**, p. 319-320).

³⁶¹ VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões** (arts. 1.857 a 2.027), p. 406.

³⁶² Estabelecia o artigo 1.792 do Código revogado que os bens doados seriam conferidos pelo valor certo, ou pela estimação que deles houvesse sido feita na data da doação. O artigo 1.787, porém, afirmava que, se ao tempo do falecimento do doador, os donatários já não possuísem os bens doados, trariam à colação o seu valor. Numa interpretação *a contrario sensu*, poder-se-ia concluir deste último dispositivo que, se os donatários ainda possuísem os bens doados, estes deveriam ser levados em substância para a partilha. Afinal, o artigo parece dar a entender que somente na ausência desses bens é que seria levado à colação o seu valor.

³⁶³ Explicava o autor, liderando a corrente dos que defendiam a colação pelo valor: “Se os bens doados se acharem na posse dos donatários, estes os levam ao monte, não para serem avaliados segundo o valor atual e pelo novo valor partilhados entre os herdeiros, mas para terem as estimativas da doação confirmadas ou retificadas à vista e os valores primitivos carregados respectivamente nas legítimas dos donatários; é o que determinam o art. 1.792 e seus §§ 1.º e 2.º”. (MORATO, Francisco. **Da Colação. Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 1, n.º 3, p. 215-222, jul./set. 2000, p. 218).

³⁶⁴ Raciocinava o autor: “Realmente, se o citado art. 1.787 manda trazer à colação o valor dos bens doados, quando o donatário já não mais os possuir, segue-se *a contrario sensu* que, quando os bens ainda estiverem no patrimônio do beneficiado, devem vir em espécie, em substância, para recomposição da massa hereditária e oportuna partilha.” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6, p. 277. Na edição hodierna da sua obra, a atualizadora do volume sobre sucessões, Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, sufraga o posicionamento do autor a respeito do Código de 1916, reconhecendo, porém, que o Código atual estabelece a colação pelo valor: “Na vigência do Código anterior, vigorava o princípio da conferência em substância, devendo o herdeiro colacionar o próprio bem doado; excepcionalmente, se já não mais o possuísse, traria o respectivo valor para o acervo hereditário. O Código de 2002, ao contrário, parece ter adotado a colação pelo valor do bem, constante do ato de liberalidade, ou, na sua falta, pelo valor da época em que se realizou a doação”. (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**, 35. ed., p. 311).

monte, para ser partilhado, mas devolver o seu valor, pois a liberalidade, levada a efeito no passado, constitui ato jurídico perfeito e acabado, que já produziu efeito e é irreversível”. Para o autor, a questão se propunha nos seguintes termos: “ao trazer à colação um bem, deveria o donatário conferi-lo em substância, isto é, pelo valor do tempo da liberalidade ou pelo valor estimativo, ao tempo de abertura da sucessão?”³⁶⁵ Com base nessas palavras, poder-se-ia concluir que a colação em substância seria uma colação feita pelo valor do bem no momento da doação, enquanto que a colação estimativa seria aquela realizada pelo valor do bem no momento da morte do doador.³⁶⁶ No entanto, há que se notar que o próprio civilista reitera que tanto o Código de 1916 quanto o atual adotaram o critério da estimativa.³⁶⁷

Diante das omissões e contradições que lamentavelmente remanesceram no Código Civil de 2002, não há dúvida de que o tema continuará sendo objeto de disputas doutrinárias. Uma conclusão, porém, parece certa: o Código atual exige que a colação seja feita pelo valor, e não em substância; e como regra, os bens serão conferidos pelo valor que possuíam à época da doação, e não no momento da morte.

2.3.4.3 Doação entre Cônjuges e o Dever de Colacionar

O artigo 544 do Código Civil, de certo modo, impõe uma restrição às doações realizadas em favor de descendentes ou do cônjuge. Isso não significa, porém, que há propriamente um impedimento na doação, mas tão-somente uma inibição quanto às suas consequências, “na medida em que obriga os donatários à colação, reduzindo-se

³⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 26. ed., p. 316.

³⁶⁶ Para Flávio Augusto Monteiro de Barros, a colação pode ser realizada de dois modos: a) por substância (*in natura*); ou b) por estimação (também chamada de colação por imputação ou ideal). Diz o autor: “Na colação por substância, o bem doado é restituído ao acervo hereditário, provocando a resolução da doação. Na colação por estimação, imputa-se no quinhão hereditário do herdeiro-donatário o valor dos bens doados. Essa distinção é aceita por toda a doutrina, à exceção de Silvio Rodrigues. Esse ilustre civilista ensina que a colação por substância é a feita pelo valor do bem ao tempo da liberalidade; e colação por estimação, pelo valor ao tempo da abertura da sucessão”. (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil: família e sucessões**, p. 295).

³⁶⁷ Diz o autor: “O problema da inflação não se propunha à época da elaboração do Código Civil de 1916, momento de relativa estabilidade financeira, de modo que ao legislador não ocorreu a solução de um problema tão clamoroso depois, mas irrelevante na ocasião. Assim, tendo de escolher entre a colação em substância e a colação estimatória, não tinha o legislador motivos veementes para optar pela primeira, e assim optou pela segunda, que foi a solução consagrada na lei”. (RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 317).

proporcionalmente o que lhes caberá como herança quando da abertura da sucessão do doador”.³⁶⁸

A doação de ascendente a descendente, ou de um cônjuge a outro, não requer consentimento dos demais herdeiros necessários, como ocorre no contrato de compra e venda. Neste é imprescindível a anuência expressa dos interessados, segundo exige o artigo 496 do Código Civil, a fim de se evitar que, sob a simulação de uma venda, sejam realizadas doações em detrimento da igualdade das legítimas.³⁶⁹

No contrato de doação, por outro lado, exatamente em virtude do preceito ora analisado, dispensa-se o consentimento dos outros herdeiros necessários, uma vez que a estes não haverá nenhum prejuízo, pois os bens transferidos a um herdeiro durante a vida do *de cujus* retornarão ao monte partível a fim de igualar as legítimas. A doação funcionará, assim, como uma forma de adiantamento do que ao herdeiro beneficiado caberia por herança no momento da morte do doador. Por tais motivos, “os efeitos da norma, inclusive quanto à validade da doação, não são alterados em virtude de ter havido ou não consentimento expresso dos demais futuros herdeiros necessários”.³⁷⁰

Ao estabelecer, no artigo 544, que a doação de um cônjuge a outro importa adiantamento do que lhe cabe por herança, o Código Civil permitiu expressamente a transmissão gratuita de bens entre o casal. Isso é possível, a nosso ver, independentemente do regime de bens adotado, desde que haja bens particulares (ou, quiçá, até mesmo em situações em que inexistam tais bens).

Há autores, todavia, que propugnam só ser possível a doação entre cônjuges, se casados sob determinados regimes de bens, como o da comunhão parcial, o da separação convencional ou o da participação final nos aquestos. No regime da separação obrigatória, em geral se considera inadmissível a doação, porquanto a transmissão de patrimônio de um

³⁶⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil**: parte especial – das várias espécies de contratos – da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação (artigos 481 a 564). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 311.

³⁶⁹ Já ensinava Beviláqua acerca do artigo 1.132, correspondente no Código de 1916: “A razão desta proibição é evitar que, sob color de venda, se façam doações, prejudicando a igualdade das legítimas”. (BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 243).

³⁷⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 311.

cônjuge ao outro corromperia o próprio regime e burlaria a imposição legal.³⁷¹ Entendemos, porém, que mesmo nesse regime pode ser admitida a doação³⁷², até por inexistência de norma proibitiva que vedasse a efetivação da liberalidade.

No Código Civil revogado, havia proibições específicas de doação no casamento com infração a certos impedimentos matrimoniais (art. 226) e de doação antenupcial no caso de separação obrigatória de bens (art. 312). No Código atual, diante da ausência de qualquer proibição expressa e em virtude da previsão da doação entre cônjuges sem qualquer ressalva, há, *data venia*, que se admitir a doação.

Se uma pessoa pode realizar a doação de seus bens particulares a qualquer outra, seria injusto impedir que pudesse doar a seu próprio consorte, desde que, é claro, nos limites da lei. Eventual nulidade só poderá ser alegada caso seja evidenciado o manifesto propósito de fraudar a norma impositiva, com a intenção de causar prejuízo patrimonial àqueles que o legislador intencionou proteger.

Também no regime da comunhão universal, conquanto haja controvérsias na doutrina e a despeito de respeitáveis opiniões em sentido contrário, parece-nos admissível a doação entre cônjuges. Se não, vejamos.

Uma das objeções à doação nesse regime é a de que todo o patrimônio já é comum do casal, sendo impossível a doação.³⁷³ Não podemos nos esquecer, todavia, que mesmo

³⁷¹ Argumenta Sílvio de Salvo Venosa: “A doação entre cônjuges não será válida, se subverter o regime de bens, não podendo contrariar sua índole respectiva. Assim, não há sentido, se os sujeitos forem casados no regime de comunhão universal, pois o ato não terá sentido prático. Na separação obrigatória de bens, a doação não pode vicejar, porque os bens são particulares de cada cônjuge por imposição legal. Somente admitir-se-á se essa separação for convencional. Se o regime for de separação parcial, a doação será permitida no tocante aos bens particulares de cada consorte”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3, p. 125). De modo semelhante, Maria Helena Diniz considera nula a doação entre cônjuges “quando, por exemplo, o regime matrimonial for o da obrigatória separação de bens (CC, art. 1.641, c/c o art. 1.647, IV) ou o da comunhão universal, por ser impossível o seu objeto (CC, art. 1.829, I; *RT*, 167:689, 190:195, 168:252)”. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 226). No mesmo sentido, também contrários à doação nesses regimes: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**, p. 249; PAESANI, Liliana Minardi. *Da Doação – da revogação da doação*: arts. 555 a 564. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al (Coord.). **Comentários ao código civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 529; MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 355.

³⁷² Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 279; LOBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil: parte especial – das várias espécies de contratos – da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação** (artigos 481 a 564), p. 312-313.

³⁷³ Afirma Maria Helena Diniz: “Os consortes não poderão efetivar doação entre si se o regime matrimonial for o da comunhão universal visto ser o acervo patrimonial comum a ambos”. (DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 51).

nesse regime pode haver bens particulares, pertencentes a apenas um dos cônjuges (Código Civil, art. 1.668). Conquanto as hipóteses aplicáveis, naturalmente, sejam raras, não se pode afirmar, por outro lado, sua total impossibilidade.

Por exemplo, o inciso V do artigo 1.668 proclama serem excluídos da comunhão os bens referidos nos incisos V a VII do artigo 1.659. O inciso V deste artigo, por sua vez, declara comunicáveis “os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão”. Imaginemos que o marido, embora casado no regime da comunhão universal, possua livros raros e valiosos, com os quais deseje presentear a sua esposa. Indubitavelmente, isso constituiria uma doação entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal.

Há ainda aqueles que rejeitam a possibilidade da doação, porém, sob a alegação de que o bem doado passaria a ser do casal, tornando sem sentido a liberalidade.³⁷⁴ Não podemos nos esquecer, todavia, de que a doação pode ser realizada com cláusula de incomunicabilidade, que, aliás, a nosso ver, deve ser considerada implícita em doações dessa natureza.

Cumprе salientar, por fim, que a objeção levantada por alguns autores no passado não mais se justifica. Pontes de Miranda, por exemplo, ao sustentar a impossibilidade de doação nesse regime, embasava-se no seguinte fato: “essa cláusula de incomunicabilidade não seria lícita aos cônjuges: importaria permitirem-se-lhes alterações ao regime de bens estabelecido, que é, *ex potestate legis*, irrevogável (art. 230)”.³⁷⁵ Atualmente, porém, diante da expressa permissão de alteração do regime de bens, contida no § 2.º do artigo 1.639 do Código Civil de 2002, não mais há que se falar em ilicitude da cláusula de incomunicabilidade.

O fato é que, realizada a doação de um cônjuge a outro, resta verificar se o donatário terá que colacionar o bem recebido. O artigo 2.002, iniciando o capítulo do Código referente à colação, determina: “Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”.

³⁷⁴ Pablo Stolze Gagliano raciocina do seguinte modo: “Peculiar é a situação da doação entre consortes cujas relações patrimoniais são regidas pela comunhão universal de bens, pois, por força da regra da comunicabilidade, ao adjudicar ao seu patrimônio o bem doado, o donatário culminará por admitir que o mesmo se agregue ao patrimônio comum, carecendo de sentido a liberalidade”. (GAGLIANO, Pablo Stolze. **O Contrato de doação**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116-117).

³⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. VIII, p. 429.

Pela redação do dispositivo, poder-se-ia concluir que somente os descendentes estão obrigados a colacionar os bens doados; afinal, não se menciona o cônjuge. A norma, todavia, deve ser interpretada em consonância com o artigo 544, que estabelece que a doação feita ao cônjuge importa adiantamento do que lhe cabe por herança. Outrossim, não estivesse ele obrigado a trazer o valor dos bens doados à colação, não haveria sentido no artigo 544.

De qualquer modo, a omissão injustificada do legislador no artigo 2.002 não ocasiona, felizmente, prejuízo à correta aplicação da norma, graças a uma interpretação sistemática. Com efeito, há que se considerar o dispositivo em consonância com o que dispõe o artigo seguinte, no qual o legislador não se esqueceu, desta vez, de mencionar o cônjuge: “Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados”.

Haja vista que a colação visa igualar o tratamento dispensado aos herdeiros necessários, é lógico concluir que só nesta condição, quando concorrer com os descendentes do falecido, é que o cônjuge donatário terá o dever de conferir o patrimônio doado.

Consoante previsão do artigo 1.829, I, do Código Civil, numa interpretação *a contrario sensu*, o cônjuge só concorrerá à herança juntamente com os descendentes se for casado por um dos seguintes regimes: 1) comunhão parcial, com a existência de bens particulares; 2) separação convencional de bens; e 3) participação final nos aquestos. Por conseguinte, somente nesses regimes é que o cônjuge, em princípio, teria de trazer os bens doados à colação.

É debaixo desse entendimento que Maria Helena Diniz rejeita a doação entre cônjuges em determinados regimes de bens.³⁷⁶ Com a devida vênia, porém, atrevemo-nos a discordar desse posicionamento. Vejamos por quê.

De fato, pela redação do dispositivo, se comparado com o artigo 544, poderíamos

³⁷⁶ Sustenta a autora: “Logo, por força do art. 1.829, I, no regime de separação obrigatória de bens tal doação não se dará, pois o cônjuge não concorre na sucessão, o mesmo se diga no da comunhão parcial, se não houver bens particulares do *de cujus*. Daí se infere, logicamente, que pode haver doação de um cônjuge a outro, sendo o regime de separação convencional de bens ou de comunhão parcial, desde que haja patrimônio particular, ou o de participação final nos aquestos, no que se refere aos seus bens particulares”. (DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**, p. 51).

chegar à mesma conclusão da ilustre autora. Afinal, o único artigo do Código Civil que prevê a doação entre cônjuges faz isso exatamente para estabelecer o dever de colacionar os bens doados, obrigação que só faz sentido se o cônjuge for herdeiro. Com relação aos regimes em que o cônjuge não herda em concorrência com os filhos, não haveria o dever de colacionar e, portanto, não se aplicaria o artigo 544.

Não obstante a redação do inciso I do artigo 1.829, sua aplicação literal ocasionaria inúmeras injustiças. Mencione-se, à guisa de exemplificação, que mesmo no regime da comunhão universal há casos em que podem existir apenas bens incomunicáveis, situação despercebida pelo legislador. Nesse sentido, concordamos com a conclusão trazida à baila por José Luiz Gavião de Almeida, de que mesmo nesse regime o cônjuge pode herdar quota dos bens particulares do falecido.³⁷⁷

Outra grande dúvida que pode ser mencionada refere-se ao fato de o legislador ter excluído o cônjuge da sucessão no regime da “separação obrigatória”, mas fundamentar isso com base no artigo 1.640, parágrafo único, que trata do regime da separação convencional.³⁷⁸ Por outro lado, talvez haja situações em que, mesmo no regime da separação obrigatória, o cônjuge seja herdeiro.

Diante dessas discrepâncias do Código, não podemos desconsiderar o fato de que, no caso concreto, mesmo nos regimes excluídos pelo artigo 1.829, I, é possível que o cônjuge seja eventualmente considerado herdeiro. Se for assim, concluímos que o cônjuge poderá ter de colacionar o bem doado sempre que, no caso concreto, o juiz entender que ele tem direito de receber parte da herança em concorrência com outros herdeiros, não podendo, até por isso, ser afastada a possibilidade de doação entre cônjuges, qualquer que seja o regime de bens.

Portanto, parece-nos que melhor seria afirmar que, em todos os casos nos quais o cônjuge poderá ser chamado à vocação hereditária juntamente com outros herdeiros necessários, estará obrigado a trazer o valor do bem doado à colação. Entretanto, questão controvertida diz respeito à necessidade de o cônjuge colacionar os bens doados quando

³⁷⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões** (artigos 1.784 a 1.856), p. 224.

³⁷⁸ O artigo 1.640, parágrafo único, trata da escolha do regime de bens por meio do pacto antenupcial. Diante disso, não seria absurdo sustentar que a vedação à concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido ocorreria no regime da separação convencional. Trata-se, a nosso ver, de evidente equívoco do legislador. Mas, de qualquer modo, o equívoco enseja discussões e as mais diversas interpretações.

concorrer com os ascendentes do autor da herança.

Não há colação, quando os legitimários são ascendentes. O artigo 544 a eles não se refere, quando trata do dever de colacionar. A esse respeito, já comentava Beviláqua, em relação ao Código Civil de 1916, que o mais natural é que os ascendentes possam dar do que receber, e deixem herança do que venham a suceder, não constituindo violação ao princípio da igualdade da legítima a liberalidade feita a apenas um deles.³⁷⁹

Sob o diploma anterior, não havendo descendentes, a herança seria destinada aos ascendentes. Nenhum destes, porém, estaria obrigado a colacionar eventuais bens recebidos como doação do falecido.

Atualmente, contudo, os ascendentes podem não herdar sozinhos. Se houver cônjuge, este concorrerá à herança com eles independentemente do regime de bens adotado no matrimônio (Código Civil, art. 1.829, II). Concorrendo ascendentes e cônjuge, se este tem o dever de trazer os bens à colação, por que aqueles também não deveriam colacioná-los? Será que o cônjuge realmente deve trazer os bens à colação, quando concorrer com os ascendentes do *de cujus*? A discrepância de tratamento não poderia gerar situações injustas e, talvez, até ilegais?

Ao considerarmos que, com o novo diploma, o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário, poderíamos ter a impressão de que o tratamento diferenciado entre ele e os ascendentes poderia afrontar a própria lei. No entanto, é pouco provável que isso ocorra.

Se o marido, por exemplo, doar metade de seu patrimônio a seus pais, não haverá nenhum problema. A doação não se presume retirada da parte indisponível, mas da disponível, visto que os ascendentes não são mencionados no artigo 544 do Código Civil. Deveras, o marido poderia atribuir metade de seu patrimônio a quem bem entendesse, quer por doação, quer por testamento, sem violar o direito dos legitimários. A metade remanescente seria dividida entre os três herdeiros necessários, a saber, pai, mãe e cônjuge do falecido, recebendo cada um deles um terço da herança, em harmonia com o que determina o Código no artigo 1.837. Se, porém, ele doar mais da metade de seu patrimônio a seus pais, poderá a doação ser considerada inoficiosa, por ultrapassar a legítima do cônjuge.

³⁷⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, p. 1.012.

Portanto, a despeito do tratamento diferenciado, a legítima dos herdeiros não é violada. Isso ocorre porque a doação ao cônjuge presume-se retirada da parte indisponível, enquanto a doação aos ascendentes presume-se retirada da parte disponível.

2.3.4.4 Doação entre Companheiros e o Dever de Colacionar

No âmbito desta pesquisa, será preciso investigar as mais diversas possibilidades atinentes à posição do companheiro de herdeiro necessário, a fim de se perscrutar se haveria situações em que ele teria o dever de colacionar eventuais bens recebidos como doação.

Ao mesmo tempo, há que se indagar se, ao concorrerem com o companheiro à herança, os filhos do *de cujus* teriam que colacionar os bens que lhe tivessem sido doados pelo falecido. Embora a hipótese se apresente como de difícil ocorrência, não se pode descartá-la completamente sem antes realizar uma profunda investigação sobre os mais variados casos factíveis.

Em Portugal, analisando a situação do cônjuge sobrevivente beneficiado em vida com uma doação, José António de França Pitão indagou se ele deveria “restituir à massa da herança, no momento da partilha, o valor com que foi contemplado”³⁸⁰, chegando à conclusão de que sim, a despeito da omissão legal, visto que o fundamento do instituto está no fato de que “o legislador faz apelo à vontade presumida do *de cuius*”, de que “não foi beneficiar o seu sucessível, mas apenas adiantar-lhe a sua legítima”.³⁸¹ Visto que o cônjuge, com a reforma do Código Civil português em 1977, passou a ser considerado herdeiro legitimário na primeira classe de sucessíveis, junto com os descendentes, sucedendo sempre ao *de cujus*, ele também deveria estar sujeito à colação.

A discussão, naquele país, resulta do fato de que, face à lei vigente, apenas os descendentes estariam sujeitos à colação, nos termos do artigo 2.105º do Código Civil lusitano: “ARTIGO 2105º (Descendentes sujeitos à colação) Só estão sujeitos à colação os

³⁸⁰ PITÃO, José António de França. **A Posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português**, p. 67.

³⁸¹ Ibidem, p. 65.

descendentes que eram à data da doação presuntivos herdeiros legitimários do doador.” A dúvida está em saber se esse dispositivo contém uma norma taxativa ou meramente exemplificativa. Por um lado, parece significativo que, apesar da alteração ocorrida na classe dos legitimários no artigo 2.157º, o legislador deixou de modificar o artigo 2.105º, pelo que se poderia concluir que não pretendeu sujeitar o cônjuge ao dever de colacionar os bens recebidos por doação. Por outro lado, fazendo-se um apelo ao espírito do instituto da colação, poder-se-ia entender que o artigo 2.105º é uma norma exemplificativa, reveladora apenas da intenção que o legislador teve em vista com a colação.

Como na versão original do Código Civil português (Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966), só os descendentes ocupavam a primeira classe de herdeiros, apenas eles foram mencionados do artigo 2.105º. No entanto, o legislador, ao posicionar o cônjuge na primeira classe dos sucessíveis, deveria ter adaptado o artigo 2.105º de modo a englobar, nele, o viúvo. Essa omissão, todavia, não parece ter sido intencional, como revela Pitão: “Trata-se, quanto a nós, de uma lacuna (e grave) da Reforma de 1977. A interpretar-se literalmente a letra da lei, ficará em muito beneficiada a posição do cônjuge sobrevivente”.³⁸²

Acreditamos que o mesmo tenha ocorrido com a elaboração do Código Civil brasileiro. Ao discriminar os herdeiros que estariam obrigados a conferir o valor das doações, o artigo 2.002 só mencionou os descendentes, ao tomar como base do dispositivo a redação do artigo 1.786 do Código Civil de 1916 — diploma no qual o cônjuge não estava inserido do artigo 1.721, que alistava os herdeiros necessários, nem no artigo 1.603, inciso I, que apresentava apenas os descendentes na primeira classe da ordem de vocação hereditária.

O problema, todavia, é remediado pelo artigo 2003, que estabelece que a colação tem por objetivo igualar “as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente”, e, principalmente, pelo artigo 544, ao prescrever: “Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.” Portanto, em que pese à omissão legal, há de se concluir que o cônjuge está obrigado a colacionar os bens que lhe foram doados por seu consorte, desde que, obviamente, concorra com os descendentes à sucessão, por ter sido casado em regime de

³⁸² PITÃO, José António de França. **A Posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português**, p. 69.

bens não excepcionado pelo artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

Com relação ao companheiro, por não ter sido mencionado no artigo 544, nem nos artigos do Código Civil que regulam a colação, poder-se-ia concluir que, mesmo sendo considerado herdeiro necessário, não estaria obrigado a colacionar os bens que recebera por doação. A questão, todavia, é bastante complexa e será examinada oportunamente, ao tratarmos da regulamentação dos direitos sucessórios do companheiro.

2.3.5 Afastamento do Herdeiro Necessário

De acordo com o artigo 1.850 do Código Civil, para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar. Isso ocorre porque tais herdeiros são facultativos, não necessários.

Os herdeiros necessários, ao contrário, não podem ser afastados da sucessão pela mera liberalidade do testador, dispondo de seus bens em favor de outras pessoas. A eles é assegurada a metade da herança, denominada legítima.

Isso não significa, contudo, que em nenhuma hipótese um herdeiro necessário será privado do direito sucessório. Podem ocorrer fatos que ocasionem seu afastamento, por se caracterizarem como hipóteses legais de deserção ou de indignidade.

A indignidade encontra seu fundamento nos casos expressos no artigo 1.814 do Código Civil. A deserção repousa na vontade exclusiva do testador, que a impõe ao ofensor no ato de última vontade, desde que fundada em motivo legal. Os dois institutos possuem o mesmo objetivo, que é o de afastar o herdeiro necessário, mas não se confundem. A seguir será analisado separadamente cada um deles.

2.3.5.1 Deserção

Excetuadas as hipóteses anteriormente consideradas, de imposições de cláusulas

restritivas justificadas pelo testador, a legítima é intocável. Com efeito, não pode o testador privar dela os herdeiros necessários. No entanto, isso poderá ocorrer em uma única situação: na hipótese de deserdação.

Deserdação “é o ato pelo qual o testador retira a legítima do herdeiro necessário”.³⁸³ Para isso, é necessário que o testamento contenha uma disposição motivada em uma das causas previstas em lei.

O artigo 1.961 prevê que os herdeiros necessários podem ser deserdados em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão. Há que se excetuar, obviamente, a hipótese de homicídio consumado do autor da herança, supondo-se que não terá tempo, antes de sucumbir, de elaborar um testamento. Afinal, o artigo 1.964 proclama que somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

Embora todas (ou quase todas) as hipóteses de indignidade sejam também de deserdação, nem todas as hipóteses desta são abrangidas por aquela. Ou seja, o rol das possibilidades de deserdação é mais amplo, pois os artigos 1.962 e 1.963 ainda preveem: ofensa física, injúria grave, relações sexuais com o cônjuge do *de cujus* e seu desamparo em situação de alienação mental ou grave enfermidade.

A deserdação e a indignidade têm o mesmo objetivo, a saber, a punição de quem ofendeu o *de cujus*. Todavia, conforme já demonstrado, são institutos que não se confundem.

Como se nota, além das causas que permitem a exclusão por indignidade, previstas no artigo 1.814, também permitem a deserdação outras quatro hipóteses específicas.

Podem ser deserdados, outrossim, descendentes ou ascendentes que tenham cometido atos de ofensa física contra o autor da herança. Não há necessidade, como ocorre com a exclusão por indignidade, que o atentado seja contra a vida. Agressões que ofendam a integridade corporal do testador, ainda que não ponham em risco sua vida, constituem

³⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6, p. 239.

motivo suficiente para a deserdação.³⁸⁴

Também autoriza a deserdação a prática de injúria grave, ou seja, a ofensa verbal ou escrita que avilte a honra do autor da herança e que tenham certa gravidade. Ainda constituem causa de deserdação as relações sexuais do descendente ou ascendente com o cônjuge ou o companheiro do *de cujus*. Por fim, o desamparo do *de cujus* em alienação mental ou grave enfermidade também constitui motivo para deserdação. Obviamente, no caso de doença mental, o autor da herança só poderá fazer testamento para deserdar o herdeiro caso recupere a sanidade.

Injustificadamente, o Código Civil tratou, de modo expresso, apenas da possibilidade de deserdação de descendentes e ascendentes, não se referindo à possibilidade de deserdação do cônjuge (ou do companheiro). Considerado herdeiro necessário, porém, o cônjuge (e também o companheiro) deve poder ser deserdado, caso pratique alguma das condutas previstas na lei.

No Código Civil alemão, o § 2335 previa expressamente a possibilidade de privação do cônjuge da legítima nos casos de atentado contra a vida do testador ou de seu descendente; de cometimento doloso de maus-tratos físicos contra o testador; de prática de um delito ou uma falta grave contra ele; ou ainda se descumprisse o dever legal de alimentos que lhe incumbia em relação ao testador. Entretanto, com a alteração ocorrida no ano de 2010, esse dispositivo foi revogado.³⁸⁵

No Código Civil brasileiro, numa interpretação literal dos dispositivos legais, o cônjuge só poderia ser deserdado nas hipóteses previstas no artigo 1.961 do Código Civil, (que se refere aos casos em que os herdeiros necessários poderiam ser excluídos por indignidade). No entanto, também nas hipóteses dos artigos 1.962 e 1.963 deveria haver a deserdação do cônjuge (e até do companheiro, uma vez considerado herdeiro necessário). Afinal, não há lógica para que o testador possa, por exemplo, deserdar o filho que teve relações sexuais com seu cônjuge, mas não possa deserdar também o próprio cônjuge. Com efeito, não há razão para conferir ao cônjuge maior proteção do que aquela que é

³⁸⁴ Explica Mauro Antonini: “Basta, segundo a doutrina, uma única agressão, ainda que sem lesões corporais ou condenação criminal. Exclui-se, por evidente, a agressão praticada em legítima defesa ou cometida por inimputável”. (ANTONINI, Mauro. Arts. 1.784 a 2.027 – sucessões. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 2.323).

³⁸⁵ GOZZO, Débora. Direito fundamental de herança e liberdade de testar. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Direito e dignidade da família**: do começo ao fim da vida, p. 524.

destinada aos demais herdeiros necessários. Trata-se, obviamente, de esquecimento do legislador, que por descuido desconsiderou o fato de que o cônjuge foi expressamente incluído no atual diploma como herdeiro necessário. O problema, todavia, conforme apontado por Zeno Veloso, é que “o intérprete não pode estender ao cônjuge as causas de deserdação expressa e taxativamente referidas pelo legislador”.³⁸⁶

A propósito, explica Carlos Roberto Barbosa Moreira, ao atualizar o volume de sucessões de Caio Mário: “A natureza restritiva das normas sobre deserdação impede sua aplicação analógica (*odiosa restringenda*), tornando inadmissível a invocação dos motivos dos arts. 1.962 e 1.963 para que se promova a imposição da pena ao cônjuge”.³⁸⁷ A solução está, portanto, na alteração urgente do texto legal.³⁸⁸

Determina o artigo 1.965 que, ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador, acrescentando o parágrafo único que o direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

Questão importante que deixou de ser abordada pelo legislador diz respeito à possibilidade do chamamento à sucessão dos descendentes do deserdado, a fim de que herdem por representação, tal como se dá no caso de exclusão por indignidade. Se considerarmos as semelhanças existentes entre os dois institutos, principalmente sua razão de ser, chegaremos à conclusão de que não há lógica em prejudicar os descendentes do herdeiro deserdado.

Se o filho do *de cujus* for excluído por indignidade, seu respectivo filho (neto do autor da herança) poderá herdar por representação, conforme prevê expressamente o Código Civil: “Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão”.

Por outro lado, caso essa mesma pessoa seja, ao invés de excluída, deserdada pelo

³⁸⁶ VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das sucessões (arts. 1.857 a 2.027), p. 329.

³⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 17. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. VI, p. 309.

³⁸⁸ O Projeto de Lei n.º 276/07 (anterior PL n.º 6.960/02) prevê a criação do seguinte dispositivo, tentando reparar a omissão do legislador: “Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge: - I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar; II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns; III – desamparado do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade”.

testador, pelo mesmíssimo motivo que autorizaria a sua exclusão por indignidade, por que não poderia seu filho também herdar por representação? Embora não haja unanimidade na doutrina, tem-se entendido, de modo geral, que o artigo 1.816 também deva ser aplicado à hipótese de deserdação, permitindo que o filho do deserdado herde por representação. Afinal, os efeitos da deserdação são pessoais, pois se trata de pena que atinge tão-somente o herdeiro acusado, não passando aos seus descendentes.³⁸⁹

2.3.5.2 Exclusão por Indignidade

Indignidade “é a privação do direito, cominada por lei, a quem cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou ao interesse do hereditando”.³⁹⁰ Como explica Silvio Rodrigues, “o legislador cria uma pena, consistente na perda da herança, aplicável ao sucessor legítimo ou testamentário que houver praticado determinados atos de ingratidão contra o *de cujus*”.³⁹¹

A indignidade baseia-se num poderoso fundamento ético, “pois repugna à ordem jurídica como à moral que alguém venha auferir vantagem do patrimônio da pessoa que ofendeu”.³⁹² De fato, inspira-se num princípio de ordem pública, porque à consciência social repugna, sem dúvida, que uma pessoa suceda a outra, depois de haver cometido contra esta atos lesivos de certa gravidade.

Como já dizia um antigo provérbio alemão, “*Blutige hand nimmt Kein Erbe*” (mão ensanguentada não apanha herança). Encontramos também apóstrofe recolhida pelos expositores do Direito francês: “*On n’herite pas de ceux qu’on assassine*” (ninguém herda dos que assassina).³⁹³

As causas que autorizam a exclusão do herdeiro ou do legatário da sucessão estão arroladas no artigo 1.814 do Código Civil, podendo ser resumidas em: atentados contra (I)

³⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI, p. 739.

³⁹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Beviláqua**. Edição histórica, p. 781-782.

³⁹¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das sucessões, p. 65.

³⁹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6, p. 52.

³⁹³ LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito civil explicado por meio de casos práticos**: sucessões, p. 82.

a vida, (II) a honra e (III) a liberdade (de testar) do *de cuius*. De acordo com o referido dispositivo, são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Como se trata de uma pena civil, a exclusão por indignidade só pode ocorrer nos casos expressamente mencionados em lei, não comportando interpretação extensiva ou aplicação analógica, diante do princípio *nulla poena sine lege*.

A primeira causa de exclusão é o homicídio doloso, tentado ou consumado. O dolo é elementar na determinação da causa da exclusão; daí não se poder cogitar de qualquer situação em que a perda da vida resultou de uma ausência de *animus necandi*. Não é necessário, porém, que o crime se consuma. Basta a forma tentada (CP, art. 14, II: “Diz-se o crime: II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”).

A indignidade não se estende ao homicídio culposo (por imprudência, negligência ou imperícia). Explica Silvio Rodrigues:

Ainda que a culpa do delinquente seja grave, não se caracteriza sua indignidade, porque a lei reclama o dolo. O legislador decerto considera que o herdeiro deve ser punido quando, para apressar a abertura de uma sucessão que o beneficia, provoca a morte do autor da herança.³⁹⁴

Quanto à segunda hipótese de indignidade, o Código declara serem excluídos da sucessão os que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro (CC, art. 1.814, II).

A primeira figura relaciona-se ao crime de denúncia caluniosa (CP, art. 339: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de

³⁹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das sucessões, p. 86.

investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”). Todavia, é mais restritiva, pois exige que a calúnia seja feita em juízo.

Quanto aos crimes contra a honra, a previsão abrange a calúnia (CP, art. 138: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”), a difamação (CP, art. 139: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”) e a injúria (CP, art. 140: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”).

Literalmente interpretado, o inciso II do artigo 1.814 do Código Civil parece permitir a exclusão do herdeiro pela prática de crime contra a honra do cônjuge ou companheiro do *de cujus* somente se esta não ocorrer em juízo. Tal entendimento, porém, não pode ser aceito, pois faria com que a pena civil somente fosse aplicada em hipóteses de menor gravidade (ou seja, crimes contra a honra fora do juízo), mas não em situações mais graves (denúncia caluniosa).³⁹⁵

A terceira e última hipótese de exclusão do herdeiro por indignidade refere-se à conduta de, por violência ou meios fraudulentos, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade (art. 1.814, III).³⁹⁶

Indignidade não se confunde com deserdação. Aquela decorre da lei nos casos previstos no artigo 1.814 do Código Civil, enquanto esta ocorre por vontade do autor da herança, que pune o responsável pela ofensa. Além disso, a indignidade é instituto da sucessão legítima (embora também possa alcançar o sucessor testamentário), enquanto a deserdação somente ocorre na sucessão testamentária.³⁹⁷ Embora tenham ambas o mesmo propósito, a saber, punir e afastar da sucessão aqueles herdeiros que praticaram determinados atos contra o falecido (ou contra seus familiares próximos), são institutos diferentes.

Nos termos do artigo 1.815 do Código Civil, a exclusão do herdeiro ou legatário,

³⁹⁵ Explica Gavião de Almeida: “Melhor, porém, entender que houve apenas má redação do inciso II do art. 1.814, e não que traz ele inexplicável contradição”. (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões** (artigos 1.784 a 1.856), p. 162).

³⁹⁶ Explica Washington de Barros Monteiro: “Com esse dispositivo visa a lei a garantir plena liberdade de disposição por parte do *de cujus*. Se impedido este pelo herdeiro, que não trepida em recorrer à fraude, ao dolo e à coação, pune-o a lei com a incapacidade para suceder. Idêntica penalidade sofrerá ele se acaso obstar a execução do ato de última vontade”. (MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: direito das sucessões**, p. 66).

³⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**, p. 401.

em qualquer dos casos de indignidade, deve ser declarada por sentença. O parágrafo único desse artigo prevê que o direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

Podem ser excluídos quaisquer herdeiros necessários que tenham praticado uma das condutas previstas na lei. Destarte, o cônjuge e companheiro, sendo atualmente herdeiros forçosos, podem ser afastados da sucessão se vieram a cometer um dos atos ilícitos tratados pelo Código Civil como causa de indignidade.

2.4 JUÍZO CRÍTICO SOBRE O AUMENTO DO ROL DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS

Há quem se levante contra a ampliação do rol dos herdeiros necessários, combatendo a inclusão do cônjuge entre tais sucessores. Também não faltam aqueles que propõem até mesmo a alteração do Código Civil de 2002, a fim de subtrair do viúvo a qualidade de legitimário.

Nada obstante essa oposição, convém advertir, como faz Zeno Veloso, que essa qualidade atribuída ao cônjuge “não foi fruto do acaso, de mera simpatia, mas o resultado de uma lenta e segura evolução, e já vinha sugerida pelas mais autorizadas vozes da doutrina brasileira, além de representar a solução seguida nas legislações das nações civilizadas”.³⁹⁸

Realmente, o legislador entendeu que o cônjuge precisava ser protegido. Mas isso decorreu da alteração do regime legal supletivo de bens no casamento, que anteriormente era o da comunhão universal, e passou a ser o da comunhão parcial.

Na comunhão universal, dificilmente o cônjuge ficaria desamparado. Já no regime da comunhão parcial, isso poderia ocorrer com bem mais frequência.

A fim de evitar que o cônjuge ficasse completamente desprotegido, sem patrimônio algum, foi que o legislador percebeu a necessidade de elevá-lo, da terceira, para a primeira ou segunda classe de herdeiros, na ordem de vocação hereditária, no artigo 1.829.

³⁹⁸ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 28.

Ao fazer isso, a inclusão do cônjuge na posição de herdeiro necessário foi automática. Nem seria preciso que constasse expressamente do artigo 1.845.

Na verdade, o princípio básico que existe na instituição de herdeiros forçosos, expresso claramente no artigo 1.846, é que a legítima pertence a tais herdeiros. Logo, não há como se atribuir parcela da legítima a quem não possui essa qualidade, pois isso afrontaria um direito dessa classe de sucessores.

Por conseguinte, não há como, atualmente, afastar o cônjuge da posição de legitimário, uma vez que ele concorre com descendentes e ascendentes à propriedade dos bens da herança. Ademais, a sua inclusão expressa no rol dos herdeiros necessários vem ao encontro das modernas tendências do Direito de Família e das Sucessões, de privilegiar a entidade familiar criada com base no amor e no afeto³⁹⁹, zelando por seu bem-estar e atendendo às suas necessidades.

Em suma, o rol de herdeiros necessário não decorre de um mero capricho legislativo, mas da necessidade de proteger aquelas pessoas que mais dependiam do falecido, e que provavelmente mais sofrerão com sua morte, tentando amenizar as funestas consequências patrimoniais decorrentes da perda de um familiar tão próximo.

2.5 CONCLUSÕES SOBRE A SUCESSÃO LEGITIMÁRIA

Como demonstrado neste capítulo, a sucessão legitimária visa à proteção de determinados herdeiros considerados pela lei como necessários, em virtude de sua íntima relação com o autor da herança. Não podem ser privados da sucessão por testamento, a não ser por causas excepcionais, previstas expressamente na lei. A legislação em vigor lhes assegura uma parcela da herança, denominada legítima.

No Código Civil de 1916, eram herdeiros necessários apenas os descendentes e os ascendentes. O Código Civil de 2002, porém, incluiu expressamente o cônjuge no rol

³⁹⁹ Explica Adriana Dabus Maluf: “As atuais tendências do Direito de Família indicam o elemento afeto como um relevante fato a ser considerado pela esfera jurídica, estando os julgadores cientes do seu valor nas relações familiares”. (MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 21).

desses herdeiros, seguindo a mesma linha de diversos países.

Embora o companheiro não tenha sido adicionado a essa lista de sucessores, é mister analisar detidamente se, pelo tratamento que lhe foi conferido pelo Código Civil, ele também deve ser considerado herdeiro necessário.

Nota-se, em diversos países, que a inserção do cônjuge entre os herdeiros da primeira e da segunda classe da ordem de vocação hereditária foi acompanhada da elevação de sua categoria, de herdeiro facultativo, para herdeiro necessário. Também o companheiro, em alguns Estados em que concorre com os descendentes e ascendentes do autor da herança, tem sido considerado legitimário.

Tendo em vista que a legítima tem o propósito de assegurar condições dignas de existência ao núcleo familiar do *de cujus*, a sucessão necessária tem perdurado na maioria dos países, a despeito dos eventuais ataques investidos contra ela.

Se os parentes colaterais não são, no Brasil e na maioria dos países, considerados herdeiros forçosos, isso decorre da constatação de que eles não dependem da herança do *de cujus* para sua sobrevivência. Ademais, os laços familiares entre parentes da linha colateral não permanecem tão fortes quando constituem nova família. Por isso, são tratados como sucessores facultativos, que podem ser afastados da sucessão, simplesmente, pelo fato de o testador dispor de todos os seus bens sem os contemplar.

Quanto ao cônjuge ou companheiro, há que se reconhecer que eles fazem parte da família nuclear do autor da herança, não raro sendo por ele sustentados ou contribuindo para a formação e preservação do patrimônio. Comungam esforços na aquisição dos bens, dividem o mesmo leito diariamente, criam juntos os filhos, compartilham das tristezas e alegrias da vida em comum.

O princípio da liberdade de testar deve ser equilibrado com o princípio da solidariedade familiar, que impede ao autor da herança dispor de todo o seu patrimônio em prejuízo de seus filhos, netos, pais, avós e cônjuge. Assim como estes, o companheiro também faz parte da família do hereditando, não devendo ser abandonado à própria sorte no momento em que mais precisa de amparo.

Se todos os parentes em linha reta, ainda que de grau mais distante, como bisavós, são considerados herdeiros necessários, mesmo que já não tenham contato diário com o

auctor successionis, não compartilhem diuturnamente de seus problemas, nem dependam de seus bens para sua subsistência, com muito mais razão o cônjuge ou o companheiro devem ser assim protegidos.

Não se pode admitir que uma pessoa, por ação impetuosa ou falta de reflexão, venha a desamparar os membros da família da qual fazia parte, deixando à míngua aqueles com quem compartilhava sua vida.

A sucessão legitimária evita que isso aconteça, proporcionando aos herdeiros necessários uma garantia de que não ficarão sem patrimônio no momento da morte do mantenedor da família.

3 EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS DO COMPANHEIRO AOS DO CÔNJUGE

Muitas têm sido as tentativas de diversos autores no sentido de conseguir o reconhecimento de uma equiparação entre os direitos do cônjuge e do companheiro, como se o tratamento diferenciado constituísse, por si mesmo, uma vergonha para a sociedade brasileira. Nesse sentido, já foram apresentadas muitas propostas de alteração legislativa, visando a igualar os efeitos dessas duas entidades familiares.

A impressão que se tem, não raro, é que tais propostas visam acabar com a união estável — pelo menos no que diz respeito aos seus efeitos práticos — para transformá-la no próprio casamento. Dentro de uma sociedade que se diz tão evoluída e liberal, parece que ainda existe uma forte resistência a se aceitar a diversidade familiar.

No Direito Romano, segundo nos relata Pietro Bonfante, os imperadores que professavam o cristianismo tentaram acabar com o concubinato, a união estável então existente entre um homem e uma mulher de baixa condição, largamente difundido na sociedade romana em decorrência das sanções impostas pela *Lex Iulia*, que cominava sanções às uniões extraconjugais com mulheres de categoria social honrada, mas isentava de penalidade a relação concubinária. O esforço dos imperadores realmente visava abolir o concubinato, quer elevando-o, com a finalidade de transformá-lo em casamento, quer encorajando abertamente o matrimônio com a concubina, por meio de medidas transitórias. Entretanto, eles falharam em seu propósito, pois o concubinato ainda vigorava na compilação justiniana e sobreviveu no Ocidente até o final do século XII.⁴⁰⁰

A *Lex Iulia* favorecia fortemente o casamento em detrimento de todos os relacionamentos fora do matrimônio com pessoa de honrada condição. Sob os imperadores cristãos, o concubinato torna-se uma espécie de casamento morganático (contraído entre uma pessoa nobre e uma outra plebeia, desprovido dos direitos de família e da posição que a lei concedia ao cônjuge), devido às consequências dessa união sobre a posição jurídica e os direitos de sucessão da mulher e dos filhos.

Guardadas as evidentes diferenças, a atual investida no sentido de equiparar, no Brasil, a união estável ao casamento, também provoca maiores distorções sociais, como se

⁴⁰⁰ BONFANTE, Pietro. *Diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 148-149.

a união estável fosse um casamento de segunda classe. Ao contrário disso, há que se entender que a união estável, como entidade familiar protegida constitucionalmente, é tão digna de respeito quanto as demais modalidades de constituição de família. Mas é distinta apenas.

A pretensão de se atribuir iguais direitos entre aquelas pessoas unidas sob matrimônio e sob união estável, a nosso ver, constitui maior discriminação injusta, por tratar de modo igual pessoas que se encontram em situações diferentes. Enquanto no casamento existe uma constituição solene do grupo familiar, com a necessária predefinição de regras de ordem patrimonial, na união estável isso normalmente não acontece. Nela não existe, em geral, uma determinação prévia acerca dos efeitos patrimoniais da relação. Não obstante possam os conviventes elaborar por escrito um contrato de união estável — o que é, deveras, recomendável —, tal instrumento normalmente não é realizado pela maioria dos brasileiros que constituem família de fato, passando simplesmente a viverem juntos.

Susana Espada Mallorquin, embora defendendo extensamente os direitos das uniões de fato na Espanha, considera evidente que a *pareja de hecho* não é idêntica à instituição matrimonial. Conquanto sejam semelhantes, no que diz respeito à maneira como se desenvolve a comunhão de vida e afeto, não existe plena igualdade entre as duas entidades. Dizer que são semelhantes significa, por si mesmo, que haja alguma diferença entre elas.⁴⁰¹

Conferir idênticos direitos a pessoas que se encontram em situações desiguais desde a formação da entidade familiar poderia, isto sim, violar o princípio constitucional da isonomia, pois implicaria, na prática, em casar aqueles que não desejaram fazê-lo, uma vez que os efeitos seriam indistintos. Significaria, ademais, procurar extinguir o próprio instituto da união estável — porquanto ele desapareceria como entidade familiar única, dotada de regras próprias e peculiares efeitos — e transformá-lo, verdadeiramente, em casamento de fato.

Álvaro Villaça Azevedo relembra, com base nas explicações de Augusto César Belluscio, que em determinados países latino-americanos tem-se elevado de tal maneira o número de uniões de fato, que foram criadas soluções legislativas tendentes à sua equiparação ao casamento. Villaça expressa a preocupação de que se veja o concubinato como algo indevido a fim de justificar ser ele equiparado ao casamento, para que possa ser

⁴⁰¹ MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**, passim.

protegido. E arremata: “Na realidade, são dois institutos jurídicos distintos, que merecem tratamento jurídico diferente, embora encontrem pontos de semelhança”.⁴⁰²

No entanto, inúmeros são os autores que insistem na igualação dos efeitos patrimoniais de ambos os institutos, matrimônio e união estável. Também a jurisprudência, embora vacilante, com alguma frequência concede a conviventes os direitos de cônjuges. Seja como for, não podemos desprezar esse fato. Por conseguinte, dedicamos este capítulo à análise dos direitos sucessórios dos cônjuges que, segundo corrente expressiva de pensamento, devem ser estendidos aos companheiros.

3.1 UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Para efeito da proteção do Estado, a união estável foi reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988⁴⁰³. Contudo, isso não significa que tenha sido equiparada ao casamento, haja vista que a parte final do § 3.º do artigo 226 da Constituição determinou ao legislador, na criação de lei regulamentadora do instituto, que facilitasse sua conversão em casamento.⁴⁰⁴

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf destaca a importância do reconhecimento da família de fato, “rompendo assim com a injustiça, o casuísmo, o preconceito, permitindo que o homem inserido na tipologia de família que melhor lhe convier possa, tendo sua intrínseca dignidade valorizada, desenvolver os atributos inerentes à sua personalidade”.⁴⁰⁵

⁴⁰² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 160.

⁴⁰³ Não obstante o reconhecimento da união de fato, como entidade familiar, só venha ocorrendo nas últimas décadas, ela é uma realidade que sempre existiu: “*La relación entre dos personas en análoga relación a la matrimonial es una realidad social. Esta modalidad de convivencia es una manifestación propia del ser humano; no es de nueva generación, sino que ha existido a través de la historia*”. (UREÑA, Antonio Alberto Pérez. **Normativa sobre las uniones de hecho**: cuestiones candentes. Madrid: Edisofer, 2002, p. 153). Tradução livre: A relação entre duas pessoas em análoga relação à matrimonial é uma realidade social. Esta modalidade de convivência é uma manifestação própria do ser humano; não é de nova geração, mas existiu através da história”.

⁴⁰⁴ O grande defensor da união estável no Brasil, Professor Álvaro Villaça Azevedo, admite: “Talvez, ainda, o Estado considere o casamento civil como a união familiar mais importante [...]”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 290).

⁴⁰⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**, p. 108.

3.1.1 Concubinato

Cumprе salientar, inicialmente, que o vocábulo “concubinato” pode ser utilizado em dois sentidos: no amplo, para referir-se a qualquer união sexual livre, e no estrito, “a mostrar-se como união duradoura, a formar a sociedade doméstica de fato, na qual são importantes o ânimo societário (*affectio societatis*) e a lealdade concubinária”.⁴⁰⁶

Distinguiram-se na doutrina e na jurisprudência pretéritas duas formas de concubinato: puro e impuro. O primeiro refere-se à união duradoura entre homem e mulher desimpedidos para o matrimônio que, embora não sejam casados, tenham constituído família de fato; o segundo diz respeito à união reprovável de homem e mulher, por ser adulterina, incestuosa ou desleal (relativamente a outra união de fato). O concubinato puro deve merecer proteção por parte do Estado; o impuro, ao contrário, não pode receber apoio dos órgãos públicos, nem da sociedade.⁴⁰⁷

O concubinato puro foi chamado pela Constituição Federal de “união estável” e acolhido como modalidade de entidade familiar. Ao concubinato impuro, não deu o legislador constituinte nenhuma atenção.

Haja vista a nomenclatura utilizada pela Constituição Federal, por “concubinato”, atualmente, estamos a nos referir à antiga figura do concubinato impuro, adulterino ou incestuoso, que não constitui entidade familiar. Com efeito, essa é a maneira pela qual o Código Civil de 2002 se referiu ao instituto: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Os concubinos ainda sofrem inúmeras restrições no Código Civil vigente. À guisa de exemplo, pode ser citado o artigo 1.801, inciso III, que determina que não pode ser nomeado herdeiro nem legatário “o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”. A propósito, comenta Carlos Alberto Dabus Maluf:

Esse artigo representa uma grande limitação ao direito de propriedade, pois o testador casado pode deixar a parte disponível a quem lhe aprouver, menos para seu concubino. Assim, por exemplo, qualquer

⁴⁰⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 161.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 165.

pessoa física ou jurídica pode ser aquinhoadada no ato de última vontade, com exceção do concubino.⁴⁰⁸

A limitação é importante para evitar que uma pessoa casada, que continua vivendo com o cônjuge, teste seus bens em detrimento deste. No entanto, com relação ao prazo de cinco anos, previsto no dispositivo, pode-se dizer que é excessivo, entra em contradição com a regra do artigo 1.830 e com o que estabelece o artigo 1.723, § 1.º, do Código Civil — motivos pelos quais tem sido objeto de inúmeras críticas.

3.1.2 Famílias Múltiplas e Putatividade

O concubinato impuro, em regra, não deve gerar nenhum efeito, por ser adulterino ou desleal. Será adulterino quando uma pessoa casada constituir uma relação concubinária com outra. O concubinato desleal, por sua vez, é aquele formado pelo sujeito que já vive em união estável com alguém e tenta constituir uma segunda relação com outrem. Se um homem casado, por exemplo, passar a viver concomitantemente com outra mulher, sem estar separado de fato de sua esposa, não estará formando nova entidade familiar. Esta segunda relação não será amparada pelo Estado, por ser adulterina. De modo semelhante, se esse homem não é casado, mas vive em união estável com uma mulher, não poderá constituir uma segunda família sem antes pôr termo à primeira. Se o fizer, o segundo relacionamento não será tido pelo ordenamento como entidade familiar, por afrontar o dever de lealdade que deve existir entre aquele homem e sua prévia companheira.

Entretanto, partindo dos exemplos considerados, pode ocorrer que esse sujeito, casado ou convivente, passe a conviver com outra mulher, sem que esta saiba da verdadeira situação. Nesse caso, em virtude da boa-fé da concubina, é justo que se lhe apliquem os direitos de companheira em união estável, numa analogia ao casamento putativo, até para se evitar locupletamento ilícito.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade:** de acordo com o Código Civil de 2002 e com o estatuto da cidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 174.

⁴⁰⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 165. Explica Villaça: “Ainda que ilícito o relacionamento adulterino, não se justifica, por exemplo, que a esposa do companheiro se enriqueça com o trabalho e a colaboração da companheira desse esposo infiel”. (Ibidem, p. 252).

3.2 UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO

Segundo nossa Constituição Federal, “o casamento é civil” (CF/88, art. 226, § 1.º). O casamento religioso produz efeito civil, mas “nos termos da lei” (CF/88, art. 226, § 2.º), do que se depreende que a celebração religiosa só constituirá casamento se forem cumpridas as exigências legais de habilitação e registro. A esse respeito, dispõe o Código Civil: “Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.” E complementa: “Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil”.

Antes disso, a união será de fato, sujeita às regras da união estável. Sendo assim, todas as pessoas que se casaram apenas mediante celebração religiosa, não tendo registrado o casamento no Registro Civil de Pessoas Naturais (Lei de Registros Públicos, n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 29, II), na realidade não estão casadas. Em face da legislação atual, estarão vivendo em união estável.⁴¹⁰

A situação dessas pessoas é, deveras, curiosa, pois com o advento do Cristianismo o concubinato foi considerado imoral. A própria Igreja Católica tem estabelecido sanções contra a convivência concubinária.⁴¹¹ E, no entanto, o casamento meramente religioso tem sido considerado por nossa legislação como forma de concubinato. Isso é questionável, visto que, no casamento religioso, existiu uma celebração, com a intenção de casamento.

Conforme já salientado, casamento e união estável são institutos distintos. Essas diferenças são marcantes tanto na sua constituição quanto na sua dissolução. O casamento nasce de um acordo de vontade expressamente manifestado perante um representante do Estado, que o ratifica. A união estável, por outro lado, nasce livre, espontaneamente, quiçá até de modo imperceptível pelas próprias partes. É comum, atualmente, que namorados comecem a passar alguns dias, um na casa do outro, esporadicamente, até que, quando

⁴¹⁰ Álvaro Villaça Azevedo critica esse tratamento de união estável (antigo concubinato puro) que resulta do casamento religioso não registrado: “Realmente, no concubinato, os parceiros não se sentem casados e vivem no estado de união livre. No casamento religioso, ao contrário, existe a posse do estado de casado, não entre cônjuges, mas entre pessoas que vivem como se casados fossem, perante a lei civil, sentindo-se como tal”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 124).

⁴¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit., p. 131.

menos se dão conta, já estão vivendo juntos. E a família surge naturalmente, ainda que a intenção daqueles conviventes não fosse a de sua constituição. Embora alguns casais até façam um contrato de convivência, isso normalmente ocorre quando a família de fato já está estabelecida. A maioria das pessoas que vive na informalidade, contudo, não planeja nem define as questões patrimoniais. Não estabelece de maneira exata uma data em que tem início a comunidade familiar. Não se preocupa primariamente com questões sucessórias. Querem simplesmente viver juntas, enquanto se sentirem satisfeitas com essa situação.

As diferenças também são marcantes na dissolução dos institutos. Por mais que as recentes alterações legislativas (em especial, a Lei n.º 11.441 de 2007 e a Emenda Constitucional n.º 66, de 2010) facilitem a dissolução do casamento, ainda assim requer-se, neste caso, uma formalização do término daquela célula familiar, por mais que, com a separação de fato dos cônjuges, desapareça a *affectio*, indispensável à estruturação da família. Na união estável, contrariamente, é comum que os conviventes simplesmente deixem de viver juntos, para que a entidade familiar acabe.

Álvaro Villaça Azevedo reconhece essa diferença, quando comenta ser “bem sabido que por mais que se regule o concubinato, assemelhando, o quanto possível, seus efeitos aos do casamento, sempre ele será diferente, pois está fundado na liberdade que têm os concubinos de separar-se independentemente de atuação judiciária”.⁴¹² Assim, ao mesmo tempo em que o legislador não pode fugir dos fatos sociais, decorrentes da manifestação pura do Direito Natural, deve criar normas o mais consentâneas possível com a realidade que permeia a família de fato, sem pretender tratá-la como se fosse matrimônio.

O casamento “é um contrato solene, regulado por normas de ordem pública no âmbito do Direito de Família, pelo qual um homem e uma mulher, criando, com ele, sua sociedade conjugal, submetem-se a um complexo de direitos e de deveres, entre si e entre eles e seus filhos, de ordem pessoal e patrimonial”.⁴¹³

A união estável, por outro lado, sem ser solene, também pode ser considerada um contrato, no mais das vezes verbal, “pelo qual um homem e uma mulher, criando sua família de fato, submetem-se a uma convivência, gravada de direitos e deveres jurídico-

⁴¹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 208.

⁴¹³ Ibidem, p. 226.

morais, entre si e entre eles e seus filhos, de ordem pessoal e patrimonial”.⁴¹⁴

3.2.1 Patrimônio e Regimes de Bens

O casamento visa à mútua cooperação entre os cônjuges no âmbito moral, material e espiritual. Embora sua principal finalidade não deva ser de cunho econômico, não se pode negar que a comunhão de vida que o matrimônio estabelece entre marido e mulher influi sobre os bens que ambos possuem ao casar ou adquirem na constância da sociedade conjugal. Tal influência é objeto de preocupação por parte do legislador, que estabelece regras acerca da propriedade, uso, gozo, administração e alienação dos bens.

Quanto a isso, Débora Gozzo relata que o instituto referente ao regime de bens encontra-se inserto “em praticamente todos os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, [...] uma vez que a sua importância transcende o mero núcleo familiar — célula-mater da sociedade que ela própria faz germinar, crescer e desenvolver”.⁴¹⁵

Assim como o casamento, a união estável também tem o propósito de constituição familiar, com o estabelecimento de uma vida comum, o que requer a conjugação de esforços e recursos destinados a atender as mais amplas necessidades dos companheiros. Diante da escassez de disposições legais a regulamentá-la, e por se tratar de uma entidade familiar reconhecida há pouco tempo, comparativamente ao matrimônio, é preciso observar o modo como as questões patrimoniais se desenvolveram e foram definidas no casamento para, a partir daí, verificarmos os dispositivos da legislação em vigor que se aplicam igualmente à união estável.

Observa-se, outrossim, uma forte tendência, em grande parte das legislações em todo o mundo, de proteger os bens da família, contribuindo com isso à própria manutenção dela e proporcionando maior segurança à pessoa dos filhos e à estabilidade familiar. As normas tendentes a organizar as relações patrimoniais entre o casal manifestam-se por meio da adoção de regimes de bens, os quais têm por objetivo estabelecer as formas de participação do marido e da mulher na administração do lar, conservação do patrimônio e

⁴¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 227.

⁴¹⁵ GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 1.

subsistência econômica da família.

A comunhão de vida que o casamento cria entre marido e mulher influi sobre os bens que ambos possuem no momento do início do vínculo conjugal, bem como sobre aqueles adquiridos no decorrer dessa união. Essa influência depende, em grande parte, do sistema de regime de bens que incide sobre o casamento, “de modo que a sujeição da propriedade, do gozo, do uso, do fruto e da administração dos bens ao ato jurídico do casamento não teve, nem tem, entre os povos, o mesmo fundamento e a mesma eficácia”.⁴¹⁶

Vigorava, no Direito Romano, o princípio da absorção: o patrimônio da mulher era absorvido pelo do marido, que se tornava proprietário e administrador único de todos os bens.⁴¹⁷ Isso se o matrimônio era acompanhado da *manus*, pela qual saía a mulher da sua família e entrava na do marido. Em sendo o matrimônio sem *manus*, cada cônjuge conservava o seu patrimônio. Neste caso, como era justo que a mulher contribuísse para os encargos do casamento, entrou em uso o dote, conjunto de bens que passavam ao marido.

No direito germânico primitivo, a administração dos bens da mulher pelo marido tinha feição apenas tutelar, visto que o marido sucedia ao pai da mulher na defesa de seus interesses.⁴¹⁸

No direito português, encontramos nas Ordenações Afonsinas o casamento por carta de “ametade”. Em alguns lugares permanecia, porém, a tradição romana, praticando-se o regime dotal ou o de separação de bens. As Ordenações Manuelinas puseram termo à diversidade, estabelecendo o regime da comunhão universal, como regra.⁴¹⁹

O antigo direito saxão estabeleceu uma unidade patrimonial entre os cônjuges e foi aplicado nos Estados Unidos até meados do século XIX, quando foi substituído pelo regime da separação, em decorrência da emancipação da mulher.⁴²⁰

A breve observação da legislação estrangeira revela a falta de uniformidade na regulamentação dos regimes conjugais de bens. Cada país apresenta regras próprias, visto

⁴¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. 8, p. 286.

⁴¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 338.

⁴¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 287.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 288.

⁴²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 338.

que o regime matrimonial de bens depende dos costumes e das necessidades sociais de cada localidade, de acordo com cada época.

Qualquer normatização das relações entre os seres humanos requer, também, uma regulamentação acerca de seus bens, comuns e particulares, visando a sua preservação ou transmissão, de acordo com os interesses da sociedade formada entre os envolvidos. Torna-se necessário, ainda, a toda e qualquer comunidade, a criação de regras sobre a sucessão em caso de falecimento. Desse modo, é natural que os regimes de bens no casamento estejam intimamente ligados ao direito sucessório, que fixa as diretrizes sobre a transmissão do patrimônio do *de cujus*. Com efeito, a análise dos regimes de bens complementa e viabiliza o estudo da sucessão *causa mortis*. Essa constatação explica, por si só, a necessidade de considerarmos os regimes matrimoniais de bens.

3.2.2 Regimes Matrimoniais de Bens no Código Civil de 1916

Ao tratarmos dos regimes matrimoniais de bens, não podemos desconsiderar o revogado Código Civil de 1916, porquanto ainda teremos sua influência e aplicação de seus dispositivos por muitos anos. Com efeito, dispõe o artigo 2.039 do Código atual: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”.

O dispositivo estabelece verdadeira garantia de não retroatividade da nova lei às situações jurídicas consolidadas no regime anterior, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (Constituição Federal, art. 5.º, XXXVI, e Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6.º). Dessa forma, os casados sob a égide da lei anterior têm o direito de permanecerem no regime de bens estabelecidos quando de seu casamento.⁴²¹

Em que pese à falta de precisão do artigo 2.039 do Código Civil de 2002, no que diz respeito ao seu exato alcance, é certo que o Código Civil de 1916, embora revogado, continuará a ter certa eficácia, produzindo efeitos jurídicos aos matrimônios contraídos

⁴²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 900.

durante sua vigência:

As relações econômicas entre os cônjuges regem-se pelas normas vigentes por ocasião das núpcias. Se assim é, o Código Civil de 1916, arts. 230, 256 a 314, por força da CF/88, art. 5.º, XXXVI, e da LICC, art. 6.º, irradiará seus efeitos, aplicando-se ao regime matrimonial de bens dos casamentos celebrados durante sua vigência, inclusive na *vacatio legis*, respeitando, dessa forma, as situações jurídicas patrimoniais definitivamente constituídas.⁴²²

Diante disso, é importante alguma consideração, ainda que breve, sobre as disposições da Lei n.º 3.071 de 1916. Há que se salientar, assim, que o Código Civil anterior admitia os seguintes regimes de bens: a) regime da comunhão universal (arts. 262 a 268); b) regime da comunhão parcial (arts. 269 a 275); c) regime da separação (arts. 276 e 277); e d) dotal (arts. 278 a 311).

Segundo o artigo 258, com redação dada pela Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, não havendo convenção, ou sendo nula, vigorava, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. Determinava o parágrafo único do mesmo dispositivo, porém, ser obrigatório o da separação de bens do casamento: I – das pessoas que o celebrassem com infração do estatuído no artigo 183, XI a XVI; II – do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos; III – do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos artigos 394 e 395, embora casasse, no termos do artigo 183, XI, com o consentimento do tutor; e IV – de todos os que dependessem, para casar, de autorização judicial.

Quanto à regulamentação dos regimes de bens, é digno de nota que muitas das normas do Código anterior foram repetidas no atual diploma. Merecem ser por ora destacadas, outrossim, apenas as disposições que não possuam correspondência no Código Civil de 2002, mas que ainda deverão ser aplicadas aos casamentos contraídos antes de sua vigência.

⁴²² DINIZ, Maria Helena. Comentário ao art. 2.039. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). **Código civil comentado**. Coordenação até a 5. ed. de Ricardo Fiuza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2.216.

3.2.2.1 Regime da Comunhão Universal

O regime da comunhão universal era o regime legal até a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77). Para quem se casasse a partir daquele momento, haveria necessidade de estipulação expressa dos cônjuges por escritura pública, para a comunicação de todos os bens. A modificação do regime legal decorre da introdução do divórcio no Brasil. Na época em que o casamento válido só se dissolvia com o óbito de um dos cônjuges, era natural que todo o patrimônio se comunicasse. Ao permanecerem unidos até que “a morte os separe”, não há razão para separação dos bens. Por outro lado, quando o casamento se extingue pela vontade das partes, o melhor é que, em regra, só se comuniquem os bens adquiridos onerosamente na constância da sociedade conjugal.

Pelo regime da comunhão universal, conforme regulamentado nos artigos 262 a 268 do Código Civil de 1916, havia a comunicação de todos os bens, presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com determinadas exceções explicitadas no artigo 263, das quais merecem destaque, por não estarem previstas no Código Civil atual, as seguintes: o dote prometido ou constituído a filhos de outro leito (inciso IV); o dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum (inciso V); as obrigações provenientes de atos ilícitos (inciso VI); as roupas de uso pessoal, as joias sponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo e os retratos da família (inciso IX); a fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher (inciso X); os bens da herança necessária a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (inciso XI); os bens reservados (inciso XII); e os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos (inciso XIII).

Fez bem o legislador do Código Civil de 2002 em suprimir essas exceções à comunicabilidade dos bens, pelas seguintes razões: quanto aos dotes, pois banido o regime dotal; dos bens reservados, porque igualmente sem previsão no novo diploma; da fiança prestada sem a autorização do cônjuge, pois representava disposição inútil, na medida em que o ato era nulo e incapaz de gerar efeitos; quanto à menção específica dos bens da herança necessária com cláusula de incomunicabilidade, pois mantida pela maior abrangência do inciso I do artigo 1.668 do Código atual, que se refere aos bens herdados com cláusula de incomunicabilidade.⁴²³ A respeito das obrigações provenientes de atos ilícitos, explica Sílvio de Salvo Venosa:

⁴²³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família, p. 205.

A ideia central nesse caso era de que a pena e suas consequências não devem ultrapassar a pessoa que deu origem ao dano. As indenizações decorrentes de atos ilícitos implicavam onerar somente os bens do cônjuge causador do dano. A situação não era de fácil deslinde, na prática. A questão era saber como imputar a responsabilidade na meação do cônjuge obrigado. Evidente, que terceiros não podiam ficar obstados de acionar o obrigado, nem de penhorar bens da sociedade conjugal. Em princípio, enquanto persistisse a sociedade conjugal, não havia como se destacar o valor dessa responsabilidade. [...] Tantos eram os obstáculos e tão restrito o alcance da norma, que o presente Código não a exprimiu.⁴²⁴

Silvio Rodrigues comenta ser esta a única modificação significativa a respeito dos bens e dívidas que integram o acervo comum no regime da comunhão universal, o que pode ter ocorrido por falha ou omissão intencional do novel legislador.⁴²⁵

3.2.2.2 Regime da Comunhão Parcial

O regime da comunhão parcial passou a ser o regime legal a partir da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77), aplicável na ausência de estipulação diversa em pacto antenupcial válido.

De acordo com esse regime, havia, como regra, a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. O artigo 269 excluía da comunhão os seguintes bens: I – os que cada cônjuge possuísse ao casar, e os que lhe sobreviessem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão; II – os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares; III – os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio a que tivesse direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder; e IV – os demais bens que se consideravam também excluídos da comunhão universal.

⁴²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 358.

⁴²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família, p. 205.

3.2.2.3 Regime da Separação de Bens

Pelo regime da separação, cada cônjuge mantinha, com exclusividade, o domínio e a administração de seus bens, presentes e futuros, bem como a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio. Havia, assim, dois patrimônios separados e distintos: o do marido e o da mulher.

Determinava o artigo 276 que, quando os contraentes casassem, estipulando separação de bens, permaneceriam os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que poderia livremente alienar apenas os bens móveis.

O artigo 277 obrigava a mulher a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente ao dos do marido, salvo estipulação em contrário no contrato antenupcial.

Merece ainda ser ressaltado o artigo 259 do Código de 1916, que provocou uma celeuma na doutrina e na jurisprudência.⁴²⁶ Dizia o dispositivo: “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”. Daí resultou o que foi chamado de separação relativa, que ocorria quando o pacto antenupcial elegia o regime da separação, mas silenciava sobre a comunicação ou não dos bens adquiridos durante o matrimônio. Na prática, se aqueles que escolhiam o regime da separação não fossem expressos a respeito da incomunicabilidade absoluta, estariam casando-se sob um regime de comunhão de aquestos.

A interpretação literal do artigo 259 não permitia o mesmo entendimento no caso do regime de separação legal, visto que o dispositivo se referia ao “silêncio do contrato”. A jurisprudência, no entanto, procurou abrandar injustiças em casos concretos, permitindo a comunicabilidade dos bens adquiridos por esforço comum, o que resultou na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os

⁴²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família, p. 344.

adquiridos na constância do casamento”.⁴²⁷

3.2.2.4 Regime Dotal

O regime dotal era aquele em que um conjunto de bens, chamado dote, era transferido ao marido, para que este utilizasse os frutos e rendimentos produzidos por esse patrimônio, para fazer frente aos encargos da vida em comum, sob a condição de devolvê-lo com o término da sociedade conjugal. Tal regime, todavia, não teve uma aceitação significativa na vida brasileira, encontrando-se já em desuso, diante do que foi rejeitado pelo novo Código Civil.⁴²⁸ Ainda assim, a eventual existência de algum casamento celebrado sob esse regime fará com que ele continue sendo regulado pelas normas contidas no diploma revogado.⁴²⁹

O Código Civil de 1916 tratava do regime dotal em trinta e quatro artigos (arts. 278 a 311), divididos em cinco seções: I – Da constituição do dote; II – Dos direitos e

⁴²⁷ Embora a súmula não se referisse à exigência do esforço comum, o próprio STF houve por bem explicitá-la em diversos recursos extraordinários, estabelecendo que a comunicação dos bens dependia da prova de tal esforço conjunto dos cônjuges: “COMUNHÃO DE AQUESTOS NO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL. NÃO DIVERGE DA SÚMULA 377 A DECISÃO QUE A LIMITA AOS BENS ADQUIRIDOS GRAÇAS AO ESFORÇO COMUM DOS CÔNJUGES, COM EXCLUSÃO DOS HAVIDOS POR DOAÇÃO OU HERANÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (STF, RE 89480, Relator Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Primeira Turma, julgado em 19/10/1979, DJ 19-11-1979 PP-08618 EMENT VOL-01153-02 PP-00565) No mesmo sentido: “No regime de separação legal de bens, não se comunicam aqueles havidos para um dos cônjuges, por doação ou herança. A Súmula 377 se aplica aos bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges. RE não conhecido - Súmula 400 e 291.” (STF, RE 91059, Relator Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 13/03/1981, DJ 22-04-1981 PP-13485 EMENT VOL-01208-01 PP-00269 RTJ VOL-00097-03 PP-01239) E ainda: “CASAMENTO. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. OS BENS HAVIDOS, NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, POR UM DOS CÔNJUGES, EM VIRTUDE DE HERANÇA, NÃO SE COMUNICAM. A SÚMULA 377 REFERE-SE À COMUNICAÇÃO DE AQUESTOS, NO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL. NÃO É INVOCÁVEL, QUANDO SE CUIDA DE BENS ADQUIRIDOS, NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO, NÃO PELA COOPERAÇÃO DE AMBOS OS CÔNJUGES, MAS POR HERANÇA. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 259 E 258, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I. SENDO DE SEPARAÇÃO LEGAL O REGIME DE BENS, NO DESQUITE LITIGIOSO, NÃO É DE ASSEGURAR MEACÃO, QUANTO AOS BENS HAVIDOS POR HERANÇA, NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 259, DO CCB, QUE NÃO SE VERIFICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.” (RE 93168, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Primeira Turma, julgado em 18/10/1983, DJ 30-11-1984 PP-10441 EMENT VOL-01360-02 PP-00344).

⁴²⁸ RODRIGUES, Silvío. **Direito civil**: direito de família, p. 217.

⁴²⁹ De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, porém, o regime dotal infringia a igualdade jurídica dos cônjuges, conflitando com a nova ordem constitucional. Diante disso, a despeito de seu desuso, poderia ser sustentada a perda de eficácia de seus dispositivos. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família, p. 368).

obrigações do marido em relação aos bens dotais; III – Da restituição do dote; IV – Da separação do dote e sua administração pela mulher; e V – Dos bens parafernais.

Sob esse regime, os bens dos cônjuges podiam ser distribuídos em várias classes: a) os bens dotais, que pertenciam exclusivamente à mulher, mas eram entregues à administração do marido; b) os bens parafernais, próprios da mulher, não incluídos no contrato dotal; c) os bens comuns, adquiridos por ambos os consortes, gratuita e onerosamente, na constância do casamento; e d) os bens particulares do marido, trazidos para o casamento com a cláusula de incomunicabilidade.

Conforme salientado, o regime dotal caiu em desuso em nossa sociedade, sendo, por conseguinte, suprimido pelo Código Civil de 2002.⁴³⁰

3.2.3 Princípios Norteadores dos Regimes de Bens no Código Civil de 2002

Conforme já mencionado, o casamento provoca repercussões na vida patrimonial dos cônjuges, fazendo surgir direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens do marido e da esposa. A essência dessas relações econômicas entre os consortes reside no regime matrimonial de bens.⁴³¹

Regime de bens é o conjunto de normas que disciplinam as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento, regulando o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.⁴³²

Segundo estabelece o artigo 1.639 do Código Civil de 2002, é lícito aos nubentes,

⁴³⁰ Por tal motivo, a doutrina não menciona se em tal regime o cônjuge viúvo poderia concorrer à herança com os descendentes. Todavia, na hipótese, ainda que pouco provável, de haver casais unidos sob esse regime matrimonial de bens, o mundo jurídico terá que fornecer uma resposta à seguinte indagação: haveria ou não concorrência do cônjuge neste caso? A simples leitura do artigo 1.829 elucida o problema. Não sendo o regime mencionado entre as ressalvas que excluem a possibilidade de concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido, pode-se concluir que o cônjuge concorreria com os descendentes sob esse regime.

⁴³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p. 144.

⁴³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6, p. 382.

antes da celebração do matrimônio, estipular o regime de bens que vigorará desde a data do casamento. Acerca da liberdade de escolha do regime, já prelecionava Débora Gozzo, em comentário ao Código Civil de 1916:

Há concessão de liberdade de escolha, entretanto, por parte do ordenamento, àquelas pessoas que desejam se casar. Os nubentes podem decidir, de conformidade com as normas legais, o que melhor lhes aprouver, como dispõe o art. 256 da lei civil [art. 1.639 do CC/02]. Daí a possibilidade de eles manifestarem esta vontade ativamente, declarando-a em um pacto antenupcial, ou omissivamente, silenciando. Nesta hipótese, haverá sempre um regime legal supletivo, o da comunhão parcial de bens, com o propósito de preencher eventual lacuna deixada pelos futuros cônjuges, que entrará em vigor, assim como o pactuado, após a celebração do casamento (CC, art. 230 [CC/02, art. 1.639, § 1.º]).⁴³³

A escolha é realizada durante o processo de habilitação, por meio de um pacto antenupcial, realizado por escritura pública. Nos termos do artigo 1.640, não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Independentemente de qual seja o regime adotado, os artigos 1.642 e 1.643 autorizam cada um dos cônjuges a: praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão; administrar os bens próprios, desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial; demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração à lei; reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, dados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos; comprar, ainda que a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica; obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir; praticar todos os demais atos que não lhes forem vedados expressamente.

Por outro lado, o artigo 1.647 preceitua que, salvo no regime da separação absoluta, nenhum dos cônjuges pode sem autorização do outro: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III – prestar fiança ou aval; e IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que

⁴³³ GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**, p. 2.

possam integrar futura meação.

As relações econômicas decorrentes do casamento submetem-se a três princípios básicos: a) a livre estipulação do regime de bens; b) a diversidade de regime; e c) a mutabilidade motivada do regime no curso do casamento. Vejamos brevemente cada um deles.

3.2.3.1 Livre Estipulação

A escolha do regime de bens é livre, podendo os nubentes estipular o que lhes aprouver quanto aos seus bens, como dispõe o artigo 1.639 do Código Civil. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, podem eles adotar um dos regimes previstos pelo Código, como combiná-los entre si, criando um regime misto, ou ainda estabelecer um regime novo e distinto.⁴³⁴

O princípio da livre estipulação do regime de bens sofre uma exceção: a lei determina a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento às pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, à pessoa maior de setenta anos, e a todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial (art. 1.641).

Fora esses casos, a escolha será livre e proceder-se-á por meio de pacto antenupcial, um contrato solene e condicional, de conteúdo patrimonial, realizado pelos nubentes antes do casamento, por meio de escritura pública. A produção de efeitos do pacto está subordinada a dois requisitos: 1) é indispensável a forma pública do instrumento; e 2) é necessário que o casamento seja realizado. Nesse sentido, estabelece o artigo 1.653 que “é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o

⁴³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família, p. 390. Explica o autor que essa é a orientação mais difundida nas legislações modernas: “Adotam-na, dentre as principais de origem romana, a da França (CC, art. 1.387), a de Portugal (CC, art. 1.096) e a da Espanha (CC, art. 1.315). Outros sistemas concedem aos nubentes apenas a liberdade de escolher entre os vários regimes disciplinados nos respectivos Códigos, sem a possibilidade de efetuar as mencionadas combinações”.

casamento”. O requisito formal deve ser observado estritamente.⁴³⁵

Só não será necessária tal formalidade se a escolha for pelo regime da comunhão parcial. Neste caso, reduzir-se-á a termo a opção dos nubentes, em consonância com o parágrafo único do artigo 1.640 do Código Civil, não havendo propriamente um pacto antenupcial.

3.2.3.2 Diversidade de Regimes

A liberdade de escolha, quanto ao regime de bens, não teria sentido sem a previsão de regimes diversos, colocados à disposição dos nubentes, por que estes pudessem optar. Assim é que o Código Civil estabeleceu quatro modelos de regime de bens, sendo que três deles já constavam do diploma anterior (comunhão universal, comunhão parcial e separação de bens) e um trata-se de regime inteiramente novo (participação final nos aquestos). Afastou o legislador do Código de 2002 o antigo regime dotal, que estabelecia uma desigualdade no tratamento conferido ao homem e à mulher.

3.2.3.3 Mutabilidade Motivada

Uma das maiores alterações introduzidas no sistema jurídico do casamento pelo Código Civil de 2002 é a possibilidade de mudança de regime matrimonial. Estabelecia o diploma anterior: “Art. 230. O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável”. (CC/1916) O atual Código, em sentido contrário, estatui: “Art. 1.639 [...] § 2.º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”. (CC/2002) A respeito da significativa alteração, explica Regina Beatriz Tavares da Silva:

⁴³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V, p. 207-208.

O regime de bens era imutável sob a égide do Código Civil anterior (art. 230). Tal irrevogabilidade tinha em vista proteger os cônjuges e terceiros, mas o princípio impedia a modificação das relações patrimoniais entre os consortes, que, passado algum tempo após o casamento, poderiam arrepender-se da escolha do estatuto patrimonial. Além disso, as regras patrimoniais entre os cônjuges não têm cunho institucional, tanto assim que os nubentes podem regular essas relações de modo que lhes aprouver [...]. No entanto, aquelas finalidades da irrevogabilidade do regime de bens — proteção aos cônjuges e a terceiros — podem ser alcançadas em sistema que permite a modificação do estatuto patrimonial no curso do casamento. Por tais razões realizamos sugestão legislativa, de modo a ser facultada a alteração do regime de bens, desde que pedida por ambos os cônjuges em procedimento judicial, com a verificação dos motivos invocados e a ressalva aos direitos de terceiros, que foi acolhida no novo Código Civil [...] Note-se que a ressalva a direitos de terceiros impõe as providências necessárias para tanto no procedimento judicial, que incluem a sua ampla publicidade.⁴³⁶

Como observa Arnaldo Wald, no direito estrangeiro encontramos várias legislações que admitem a modificação do regime de bens, “por acordo de vontade das partes (Alemanha, Suíça) ou em virtude de sentença judicial, quando a má administração dos negócios pelo marido ameaça constituir perigo para o patrimônio conjugal (França)”.⁴³⁷

Há que se notar, porém, que o Código Civil brasileiro só admite a alteração do regime de bens entre os cônjuges se preenchidos determinados requisitos. É necessário, em primeiro lugar, que os cônjuges interessados na mudança do regime dirijam um requerimento ao Juízo, assinado por ambos, demonstrando sua intenção. Além disso, é preciso que tal pedido seja motivado, ou seja, acompanhado da clara exposição das razões que justifiquem a alteração. Em terceiro lugar, não pode haver prejuízo a terceiros. Por fim, há necessidade de um pronunciamento judicial. É o que se extrai da análise do § 2.º do artigo 1.639.

3.2.4 Regimes Matrimoniais de Bens no Código Civil de 2002

De acordo com o artigo 1.639 do Código Civil, é lícito aos nubentes, antes de

⁴³⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentário ao art. 1.639. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). **Código civil comentado**. Coordenação até a 5. ed. de Ricardo Fiuza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.787-1.788.

⁴³⁷ WALD, Arnaldo. **O Novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104.

celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. O artigo 1.641, porém, estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens nos casamentos realizados sob determinadas circunstâncias, quais sejam: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de setenta anos; e III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Fora dessas hipóteses, em que é obrigatório o regime da separação, a escolha é livre. Neste caso, podem os nubentes optar por um dos quatro regimes previstos pelo Código: comunhão parcial (CC, arts. 1.658 a 1.666), comunhão universal (CC, arts. 1.667 a 1.671), participação final nos aquestos (CC, arts. 1.672 a 1.686) ou separação de bens (CC, arts. 1.687 e 1.688).

Podem ainda os contraentes, como há muito ensina a doutrina, “escolher um destes regimes, ou modificá-los e combiná-los entre si, de modo a formar uma nova espécie, como se por exemplo convencionam a separação de certos e determinados bens e a comunhão de todos os mais”.⁴³⁸ Aplica-se, nesse campo do Direito de Família, o princípio da liberdade das convenções antenupciais.⁴³⁹

Nos termos do artigo 1.640 do Código Civil de 2002, não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial, que é o regime legal supletivo no Brasil desde o advento da Lei do Divórcio, n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que entrou em vigor no dia 27, data da sua publicação.

Os direitos sucessórios do cônjuge encontram-se intimamente vinculados ao estudo dos regimes matrimoniais de bens, motivo pelo qual se faz necessária a verificação, ainda que breve, dos modelos patrimoniais previstos na lei.

⁴³⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, p. 161.

⁴³⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 345.

3.2.4.1 Regime da Comunhão Parcial de Bens

O regime da comunhão parcial passou a ser, a partir da Lei n.º 6.515/77⁴⁴⁰, o regime legal de bens, a vigorar diante da falta, nulidade ou ineficácia da convenção dos cônjuges acerca de seus bens, o que foi mantido pelo atual Código Civil.

Trata-se de um regime misto, nas palavras de Washington de Barros Monteiro, formado em parte pelo da comunhão universal e em parte pelo da separação. Sua principal característica é a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento.⁴⁴¹

Segundo preceitua o artigo 1.658 do Código Civil de 2002, no regime de comunhão parcial comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento. Entram, assim, na comunhão, de acordo com o artigo 1.660: I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Excluem-se da comunhão, porém, nos termos do artigo 1.659: I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III – as obrigações anteriores ao casamento; IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. Também não se comunicam os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (art. 1.661).

⁴⁴⁰ Conhecida como a Lei do Divórcio, a Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, passou a vigorar a partir da data de sua publicação, em 27 de dezembro de 1977, modificando, com seu artigo 50, n.º 7, o artigo 258 do Código Civil de 1916, dando-lhe a seguinte redação: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial”.

⁴⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 210.

3.2.4.2 Regime da Comunhão Universal de Bens

O regime da comunhão universal é aquele caracterizado pela “comunicação de todos os valores, móveis ou imóveis, de que cada um dos cônjuges é titular ao tempo das núpcias, e bem assim os que forem adquiridos na constância do matrimônio, posto que adquiridos por um deles apenas”.⁴⁴²

Com efeito, estabelece o artigo 1.667 do Código Civil de 2002: “Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”. O artigo 1.668, por sua vez, exclui da comunhão: I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; e V – Os bens referidos nos incisos V a VII do artigo 1.659, quais sejam: os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

3.2.4.3 Regime da Participação Final nos Aquestos

O regime da participação final nos aquestos constitui uma grande inovação trazida pelo Código Civil de 2002, no que diz respeito aos regimes matrimoniais de bens. Trata-se, como o próprio nome revela, de regime que possibilita a participação de ambos os cônjuges no patrimônio formado durante o casamento, a título oneroso, a ser apurada no momento da dissolução da sociedade conjugal. Assim o define Maria Helena Diniz:

Regime matrimonial de bens em que cada cônjuge possui patrimônio próprio, abrangendo os bens que tinha ao casar e os adquiridos a qualquer título na constância do casamento; mas à época da dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, lhe caberá o direito à metade dos bens

⁴⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família, p. 223-224.

adquiridos pelo casal, a título oneroso, durante a vigência do casamento.⁴⁴³

Distingue-se do regime de comunhão parcial, pois neste a comunicação dos bens que sobrevêm ao casal dá-se na constância do matrimônio, no exato momento da aquisição. Já no regime em análise, cada cônjuge mantém, durante o casamento, patrimônio próprio, que não se comunica. Apenas no momento da dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial ou divórcio, é que ocorre a comunicação dos aquestos, vale dizer, apenas dos bens adquiridos a título oneroso durante o casamento.⁴⁴⁴

Na apuração do montante dos aquestos, excluem-se da soma dos patrimônios próprios, segundo o artigo 1.674, os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram, os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e as dívidas relativas a esses bens.

No momento da divisão dos bens, consideram-se duas espécies diferentes de patrimônios: a) o patrimônio próprio de cada cônjuge; e b) o patrimônio comum, adquirido a título oneroso, que será partilhado pela metade.⁴⁴⁵

O artigo 1.682 do Código Civil refere-se ao “direito de meação”, estatuinto que ele não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial. Entretanto, não ocorre, segundo entendemos, verdadeira comunhão de bens, mas apenas um direito de participação de um dos cônjuges no patrimônio adquirido onerosamente pelo outro. Com efeito, exceto na hipótese de bem adquirido em conjunto por ambos os cônjuges, não há comunicação de patrimônio, pois os bens adquiridos antes ou após o casamento constituem “patrimônio próprio” de cada cônjuge (art. 1.673).

Na dissolução do casamento, ocorrerá uma apuração contábil, para se verificar o saldo em favor de um dos cônjuges, decorrente da aquisição pelo outro de bens em valor superior ao que o primeiro adquiriu, de modo que este será credor do outro do respectivo montante. Mas não haverá propriamente comunhão de todos os aquestos (ao contrário do que dá a entender o art. 1.672), e sim participação nos valores excedentes, sendo apenas

⁴⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4, p. 108, verbete “regime de participação final nos aquestos”.

⁴⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 654.

⁴⁴⁵ CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 372.

estes divididos entre os cônjuges.

Essa é a ideia que se extrai, aliás, do Código Civil alemão, em seu § 1363, 2, ao dispor que os ganhos que obtêm os cônjuges durante o matrimônio se compensam, e em seu § 1378, 1, que estipula que, se os ganhos de um cônjuge forem maiores do que os do outro, este terá direito à metade do excesso como crédito de participação.

Guardadas as evidentes diferenças existentes entre o sistema brasileiro e o alemão, parece harmonizar-se com essa linha de pensamento o artigo 1.684 do nosso Código Civil, ao determinar que, se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário. E o parágrafo único acrescenta que, não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem. Observa-se, assim, que em nenhum momento haverá patrimônio comum, mas divisão dos aquestos de um dos cônjuges que superarem o valor dos aquestos do outro.

3.2.4.4 Regime da Separação Convencional de Bens

Regime da separação de bens é, nas palavras de Pontes de Miranda, aquele em que “os patrimônios dos cônjuges permanecem incomunicáveis, de ordinário sob a administração exclusiva de cada cônjuge”.⁴⁴⁶ Explica Orlando Gomes: “O regime da separação de bens caracteriza-se pela incomunicabilidade dos bens presentes e futuros dos cônjuges. Os patrimônios permanecem separados quanto à propriedade dos bens que os constituem, sua administração e gozo, assim como as dívidas passivas”.⁴⁴⁷

É característica desse regime, portanto, a completa distinção do patrimônio dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens.⁴⁴⁸

De acordo com o artigo 1.687 do Código Civil, estipulada a separação de bens,

⁴⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, p. 431.

⁴⁴⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 193.

⁴⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, p. 365.

estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Pelo Código Civil anterior, o marido não podia alienar, hipotecar ou gravar de ônus os bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios (CC/16, art. 235). O novo diploma, ao alistar os atos que nenhum dos cônjuges pode praticar sem autorização do outro, dentre os quais, o de alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, exclui a necessidade de autorização no regime da separação absoluta (CC/02, art. 1.647).

Como explica Carlos Roberto Gonçalves, “quando se convencionou o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio”.⁴⁴⁹ Desse modo, cada consorte mantém a posse e a propriedade de seus bens. Ambos os cônjuges, porém, são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial, como preceitua o artigo 1.688 do Código Civil.

Há que se salientar, por fim, que a jurisprudência tem admitido a comunhão dos aquestos, desde que provada a conjugação de esforços, ou seja, a existência de sociedade de fato entre os cônjuges.⁴⁵⁰

3.2.4.5 Regime da Separação Legal de Bens

O regime da separação de bens pode decorrer não apenas da vontade dos nubentes, mas também por imposição da lei. Nesta última hipótese, é chamado de regime da separação legal de bens, ou regime da separação obrigatória.

Encontram-se especificadas no artigo 1.641 do Código Civil as hipóteses em que é obrigatório o regime da separação de bens ao casamento. Preceitua o dispositivo:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

⁴⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed., p. 433.

⁴⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v. 2, p. 222.

- I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II – da pessoa maior de sessenta anos;
- III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

O regime, nessas hipóteses, é imposto pela lei, e não estipulado por meio de pacto antenupcial. Explica Orlando Gomes: “Diz-se que, nesse caso, é obrigatório, por ser exigido como sanção, ou por motivos de ordem pública”.⁴⁵¹

Na primeira hipótese prevista pela lei, ocorre como um ônus pelo descumprimento das causas suspensivas da celebração do casamento, as quais “têm por fto fixar prazo ou condição para que o casamento possa ser realizado”.⁴⁵² São elas: a) a conclusão do inventário e da partilha dos bens, quando o viúvo que deseja casar-se tiver filhos com o cônjuge falecido, a fim de se evitar a confusão de patrimônios; b) o período de dez meses, depois do começo da viuvez da mulher, ou da dissolução da sociedade conjugal, para se evitar a confusão de sangue, ou seja, conflito quanto à paternidade; c) a homologação da partilha de bens do divorciado, também para se evitar a confusão de patrimônio; e d) a cessação da tutela ou curatela, com a respectiva prestação de contas, a fim de afastar possíveis prejuízos patrimoniais para o tutelado ou curatelado.

No segundo caso de separação obrigatória, prevista no inciso II do artigo 1.641, a intenção do legislador parece ter sido evitar casamentos por interesse apenas patrimonial, “como medida de proteção às pessoas que passaram da idade em que o casamento se realiza por impulsos de paixão”.⁴⁵³ A imposição, a nosso ver, é questionável. Concordamos com Paulo Luiz Netto Lobo, para quem essa hipótese “é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio”.⁴⁵⁴

A terceira hipótese diz respeito aos que dependem de suprimento judicial para casar. Ocorre, por exemplo, no casamento de pessoa menor que não teve a autorização de ambos os genitores. Segundo Fabrício Zamproga Matiello, justifica-se a providência, uma

⁴⁵¹ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 193.

⁴⁵² LOBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil**: parte especial – das várias espécies de contratos – da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação (artigos 481 a 564), p. 242.

⁴⁵³ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1.190.

⁴⁵⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 242-243.

vez que, diante da falta de capacidade para o indivíduo casar independentemente de autorização dos seus responsáveis legais, e tendo-lhe sido negada por estes tal pretensão, “é de todo conveniente resguardar o nubente de eventuais riscos oriundos da realização de núpcias em tais circunstâncias”.⁴⁵⁵ Oportunas, porém, são as observações de Pontes de Miranda:

Esses princípios rígidos, apriorísticos, têm, por vezes, resultados lastimáveis. Exemplo concreto, tirado da vida real, bem o mostra. Menor, de classe média, de poucos recursos, pediu suprimento judicial para casar com homem de certa idade, rico, vítima de explorações do pai da menor, que lhe exigia grande quantia para dar o assentimento. Concedido assentimento, teve a menor de casar sob o regime de separação de bens, verificando o juiz, com pesar, que o noivo ainda tinha pais vivos, de modo que, no caso de morte, a mulher não herdaria do marido [...].⁴⁵⁶

Em que pese à concorrência do cônjuge com os ascendentes, inovação trazida pelo Código Civil de 2002, se no exemplo citado o autor da herança tivesse filhos, injustiças remanesceriam, pois, nesse caso, a esposa não concorreria com os descendentes à herança (art. 1.829, I). A esposa também não seria protegida na hipótese de separação judicial. A fim de se evitar tais situações injustas, importante é a continuidade da aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.⁴⁵⁷

3.2.5 Dissolução da Entidade Familiar

Com a publicação da Emenda Constitucional n.º 66, em 14 de julho de 2010, surgiram várias dúvidas sobre o alcance da modificação ocorrida no artigo 226, § 6.º, da

⁴⁵⁵ MATIELLO, Fabrício Zamprogná. **Código Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1.072.

⁴⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, p. 360-361.

⁴⁵⁷ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sob a vigência do Código Civil atual: “DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUÊSTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o *de cujus* por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido.” (REsp 154.896/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20.11.2003, DJ 01.12.2003, p. 357).

Constituição Federal. Pode-se dizer que há quatro correntes principais.⁴⁵⁸

De acordo com a primeira corrente, a modificação da Constituição Federal não altera, por si mesma, o procedimento e os requisitos do divórcio, estabelecidos pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil. Tudo dependerá da mudança da legislação infraconstitucional.

Para a segunda corrente, a alteração constitucional produz alguns importantes efeitos imediatos, relacionados à supressão dos prazos para a decretação do divórcio. Não extingue, todavia, o instituto da separação, que ainda existe, nos termos da legislação ordinária. Também não afeta a questão da culpa, que continua ocupando importante papel no Direito de Família.

De acordo com a terceira corrente, a Emenda n.º 66 acaba não apenas com a exigência de qualquer prazo para a realização do divórcio, mas também com a separação, que deixa de existir. Consequentemente, não pode mais haver discussão da culpa para a dissolução da sociedade conjugal, embora a culpa continue sendo relevante para a fixação de alguns dos efeitos decorrentes do término do vínculo matrimonial, quais sejam, a guarda de filhos, o uso do nome e o dever de alimentos.

A quarta corrente sustenta que a modificação tem plena aplicabilidade e incide imediatamente sobre toda a legislação infraconstitucional, revogando os dispositivos que não se coadunam com o espírito da proposta da emenda. Acabam os prazos para o divórcio. Desaparece do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação. Afasta-se completamente a culpa do Direito de Família, devendo a guarda dos filhos, o uso do nome e os alimentos serem definidos por outros critérios, desatrelados por completo da violação dos deveres conjugais.

Sem entrarmos em detalhes sobre cada um desses posicionamentos e seus principais defensores — o que fugiria aos propósitos deste trabalho —, cabe-nos apenas reconhecer que a dissolução do vínculo matrimonial tem sido amplamente facilitada em nosso país. Não obstante, o término da relação conjugal provoca inúmeros dissabores e problemas de ordem patrimonial que precisam ser resolvidos, sobretudo com relação à divisão do patrimônio.

⁴⁵⁸ Cf. LIGIERA, Wilson Ricardo. O Fim do casamento. **Professor Ligiera**, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/divorcio_50.html>. Acesso em: 18 jan. 2013.

O mesmo ocorre na dissolução da união estável. A despeito da maior liberdade que existe na formação e finalização da família de fato, essa autonomia não pode ser ilimitada, nem totalmente desapegada de qualquer regulamentação. A essa liberdade deve-se vincular a responsabilidade, de modo que um dos conviventes não cause prejuízos ao outro.⁴⁵⁹ Se é assim, não há que se admitir que uma pessoa abandone a outra, por exemplo, e fique com os bens que, por uma questão de justiça, pertenceriam a ambas. Explica Álvaro Villaça Azevedo: “Essa liberdade seria escravizante, a possibilitar uma lesão, um enriquecimento ilícito, o que é incompatível com o pensamento jurídico”.⁴⁶⁰

Se na dissolução voluntária da entidade familiar é importante que o companheiro não fique sem os meios necessários para sua subsistência, tão mais relevante é que isso seja evitado no momento de extremo abalo emocional, ocasionado pela morte da pessoa amada, com quem compartilhava sua vida.

3.3 CONCLUSÕES SOBRE A IGUALDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES

A Constituição Federal previu, ao lado do casamento (CF, art. 226, §§ 1.º e 2.º), mais duas entidades familiares: a união estável (CF, art. 226 § 3.º) e a família monoparental (CF, art. 226, § 4.º).

Há uma forte corrente de doutrinadores que sustenta a equiparação entre o casamento e a união estável. Outros entendem que, embora ambas devam ser protegidas, o matrimônio ainda é o modelo familiar preferido pelo nosso ordenamento constitucional.

Embora não existindo hierarquia entre as duas entidades familiares, parece-nos que, em virtude do modo como cada uma é constituída, nossa Lei Maior reconheceu que o

⁴⁵⁹ Essa mesma ideia é expressa por Antônio Jorge Pereira Júnior: “A previsão constitucional da união estável, regulamentada na esfera infraconstitucional, parece estar em sentido contrário à liberalização total da vida a dois, pois impede que o desejo de homem e mulher, de conviver à *latera* de qualquer vinculação jurídica, seja alcançado satisfatoriamente. Deve-se registrar, também, que o reconhecimento da união estável atende, por outro lado, à pretensão legítima do companheiro que pretendia casar-se e se vê obrigado a submeter-se a situação informal por exigência do parceiro. A imposição jurídica do vínculo protege a parte mais fraca na relação”. (PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Comentários ao art. 226. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à constituição federal de 1988**, p. 2.379).

⁴⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 212.

casamento decorre de laços mais sólidos, motivo pelo qual determinou ao legislador infraconstitucional que criasse mecanismos de facilitação da conversão da união estável em casamento.

Diante disso, entendemos que as duas espécies de entidades familiares não foram equiparadas pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Em verdade, casamento e união estável são formas de família que não se confundem. Enquanto o matrimônio é um negócio jurídico solene, revestido por uma série de requisitos para sua constituição válida, a união estável nasce, não raro, naturalmente, como família de fato.

As diferenças existentes entre as duas entidades familiares conduzem-nos a aceitar que elas não devam receber idêntico tratamento legal. Isso não significa, porém, que a união estável não deva ser protegida, pois, como entidade familiar que é, necessita de cuidados. Impende ao Estado, pois, tratá-la adequadamente, como uma das bases da sociedade.

Muitos dos dispositivos criados para a regulamentação do casamento aplicam-se à união estável, principalmente aqueles relacionados com os regimes de bens, conforme considerado neste capítulo.

Além disso, não podemos desconsiderar que muito preconizam o cabimento das regras do direito hereditário do cônjuge ao companheiro, razão pela qual merece ser analisado cuidadosamente o tratamento sucessório no casamento.

4 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Como bem descreve Álvaro Villaça Azevedo, a família é o ninho, o local de recesso, onde cada membro familiar se resguarda ao final de cada dia. Entretanto, “quando o fantasma da morte de um dos conviventes [...] ronda a célula familiar, o lado mais frágil (geralmente a mulher) sofre diretamente as consequências desastrosas, mormente no âmbito econômico e financeiro, surtindo as desesperanças, a insegurança e o medo”.⁴⁶¹

Sendo a família a base da sociedade, ao Estado cabe zelar por sua proteção, especialmente nos momentos de maior fragilidade, em que a célula familiar é rompida pela morte de um de seus membros.

Outrora o legislador se preocupava sobremaneira com os filhos, conferindo-lhes integralmente a herança do falecido, sem qualquer preocupação com o cônjuge ou companheiro sobrevivente. Modernamente, entende-se que a pessoa que compartilhava voluntariamente a vida com o falecido, dividindo alegrias e tristezas, vitórias e derrotas, conquistas e decepções, não pode ficar desamparada.⁴⁶²

4.1 A EVOLUÇÃO DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE

Luigi Carraro narra que até o advento do Código Civil italiano, de 1865, não se encontra uma consideração adequada dos direitos sucessórios do cônjuge, e só mais de um século depois, com a reforma de 1975, chegou-se a uma disciplina ampla desses direitos.

Segundo o autor, as razões para tal tratamento são identificadas originalmente na estrutura familiar romana, da qual a esposa ou a nora do *paterfamilias* passava a fazer parte somente depois do casamento *cum manu*, assumindo, respectivamente, posição de filha ou de neta do *pater*.

⁴⁶¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 212.

⁴⁶² Isso não significa, porém, que os descendentes perderam a primazia. Ao contrário, eles continuam sendo os sujeitos principais da proteção do legislador. Tanto é assim, que na concorrência sucessória, os descendentes são os únicos que herdam sozinhos determinados bens. Apesar disso, é importante que o cônjuge também seja protegido.

A norma jurídica encontrava sua justificação no interesse de garantir que o patrimônio do *paterfamilias* permanecesse no âmbito da própria família, e não corresse o risco de ser transferido, em parte, a estranhos, devido à sucessão da esposa. Esta, por isso, não tinha qualquer título, com base no *ius civile*, à vocação legítima. Foi só com o instituto honorário da *bonorum possessio*, que se permitiu a vocação do cônjuge, como o último chamado à sucessão, na falta de *heredes sui*, *legitimi*, *proximi cognati* (Digesto, 38, 11 *unde vir et uxor*, 1).⁴⁶³

Carraro ainda aponta a satisfação dos juristas italianos pelas inovações contidas no primeiro diploma unitário italiano que, inspirando-se largamente no modelo do *code civil*, introduziu mudanças radicais, atribuindo-se ao cônjuge sobrevivente, em qualquer caso e independentemente da sua necessidade, uma participação na propriedade ou em usufruto, conforme concorresse com filhos legítimos ou com outros herdeiros. O Código de 1865, outrossim, marcou um ponto de virada na disciplina, de mais de mil anos, dos direitos sucessórios do cônjuge, refletindo-se nas legislações estrangeiras.

Na história do Brasil, o cônjuge encontrava-se originalmente em grau posterior aos colaterais de décimo grau, na linha sucessória estabelecida pelas Ordenações Filipinas⁴⁶⁴, conforme previsto em seu Título XCIV:

Fallecendo o homem casado abintestado, e não tendo parente até o décimo gráo contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com elle estava e vivia em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ella será sua universal herdeira. E pela mesma maneira será o marido herdeiro da

⁴⁶³ CARRARO, Luigi. **La Vocazione legittima alla successione**, p. 88. O autor relata que houve duas intervenções de Justiniano, com as novelas 53, de 527, e 117, de 529. A primeira atribuiu ao cônjuge sobrevivente, se necessitado, um quarto do patrimônio deixado pelo outro cônjuge; a segunda lhe conferiu um direito sucessório extraordinário, apenas em favor da viúva. Logo depois, com a novela 118, de 529, Justiniano aboliu a distinção entre *agnati e cognati*, chamando à sucessão todos os parentes do falecido até o sexto grau, de acordo com os membros das classes (nesta ordem: descendentes, ascendentes, irmãos e irmãs germanos, irmãos e irmãs unilaterais, outros parentes de acordo com a proximidade do grau). Da sistematização justiniana da vocação legítima, surgem as profundas mudanças vividas pela família romana, que já estavam se implementando com a introdução da *bonorum possessio*. O interesse da família como uma sociedade política já não é a base da vocação legítima, mas o interesse dos parentes, de acordo com a proximidade do vínculo que os unia ao hereditando, cuja proteção também se justifica para preservar parte do patrimônio na família consanguínea. Também para essa finalidade, torna-se compatível a exceção em favor do cônjuge, contida nas novelas 53 e 117, mediante a concessão da quarta parte em propriedade ou em usufruto, consoante os pressupostos da concorrência. (Ibidem, p. 89).

⁴⁶⁴ As Ordenações Filipinas surgiram da necessidade de reforma das Ordenações Manuelinas. Embora remontem ao final do século XVI, só entraram em vigor no reinado de Filipe II, pela Lei de 11 de janeiro de 1603. É curioso que, exatamente quatrocentos anos depois, entraria em vigor, na mesma data, o novo Código Civil brasileiro.

mulher, com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher, se ella primeiro fallecer sem herdeiro até o dito décimo grão.⁴⁶⁵

De acordo com as Ordenações Filipinas, o cônjuge só herdaria se não houvesse nenhum parente em linha reta, nem na linha colateral até o décimo grau, o que, na prática, o impedia de ser herdeiro na grande maioria dos casos.

Essa posição inferiorizada do cônjuge no direito sucessório perdurou no Brasil até o início do século XX, quando houve uma significativa alteração na ordem de vocação hereditária por meio do Decreto n.º 1.839, de 31 de dezembro de 1907, conhecido como Lei Feliciano Pena, em homenagem a seu autor.

O Decreto n.º 1.839, ao regular o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*, colocou pela primeira vez no Brasil o cônjuge à frente dos parentes colaterais:

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a successão *ab intestato* ao conjugue sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto grão por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o *de cujus* for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.

Além de passarem a ocupar a quarta classe de herdeiros, somente após o cônjuge, os colaterais também tiveram sua vocação sucessória limitada ao sexto grau pela Lei Feliciano Pena, o que foi mantido pela redação original do artigo 1.612 do Código Civil de Clóvis Beviláqua, Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916.

Embora esse diploma originalmente só concedesse direitos sucessórios ao viúvo na ausência de qualquer parente em linha reta, essa situação foi modificada pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, que atribuiu ao cônjuge os direitos reais de habitação ou de usufruto, dependendo de o regime de bens ser ou não de comunhão.

Gustavo Tepedino comenta acerca da evolução da proteção sucessória do cônjuge, ocorrida no Direito brasileiro não de forma isolada, mas em consonância com uma tendência mundial:

⁴⁶⁵ ORDENAÇÕES Filipinas, Livro 4 Tit. 94: como o marido e mulher sucedem um a outro. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l4p948.htm>>. Acesso em: 23 dez. 2012.

Uma reflexão sobre a proteção civilística do cônjuge aponta para uma progressiva expansão, não só no direito pátrio, mas generalizada nas legislações contemporâneas de que se tem notícia, dos benefícios patrimoniais oriundos da dissolução da sociedade conjugal, por morte ou por separação, em face da mencionada tendência de privilegiar os vínculos de solidariedade familiar, refletida no casal, em detrimento do predomínio dos vínculos de sangue como fonte emanadora de efeitos patrimoniais.

O usufruto do cônjuge supérstite insere-se no amplo tecido de instrumentos fornecidos pelo direito civil para a proteção do cônjuge e, neste sentido, a opção do legislador brasileiro representou um avanço significativo, elevando o cônjuge sobrevivente, como usufrutuário embora, a sucessor universal do outro, em concurso com os demais herdeiros. Mormente porque, na forma cogente como foi instituído, incidindo direta e imediatamente sobre a legítima, subtrai da autonomia privada a capacidade de cancelar o benefício, sendo a reserva legal invulnerável, neste sentido, ao arbítrio do testador.⁴⁶⁶

Seguindo essa tendência universal, o Código Civil de 2002 melhorou substancialmente a posição do cônjuge, permitindo sua concorrência em propriedade nas duas primeiras classes de sucessores legítimos e lhe atribuindo expressamente o *status* de herdeiro necessário.

4.1.1 A Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil de 1916

No projeto primitivo do Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, já havia a pretensão de inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários. Entretanto, isso não foi aprovado pelo Congresso Nacional.⁴⁶⁷

A respeito da ordem de vocação hereditária no Código Civil de 1916, comentou Clóvis Beviláqua:

Em rigor, o cônjuge superstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se pelo regime de casamento lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família, porque, então, já estaria, economicamente, amparado. Mas, por amor à simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro lugar, na ordem da sucessão legítima, depois dos descendentes, herdeiros privilegiados em virtude do imperioso dever, que

⁴⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**, p. 102-103.

⁴⁶⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões** (artigos 1.784 a 1.856), p. 249.

a todos se impõe, de cuidar da prole, e de facilitar-lhes os meios de vida, e depois dos ascendentes, em relação aos quaes ha, tambem, razões poderosas, fundadas no affecto, na veneração e no reconhecimento, que reclamam a sua collocação na ordem dos successiveis, logo em seguida aos descendentes.

Na linha collateral, o direito á herança extingue-se no sexto grau, porque, além d'elle, desaparecem o sentimento de unidade da familia e o vinculo da sympathia, que existe entre os parentes. O sexto grau, na linha transversal, representa quatro gerações successiveis. Depois d'elle, o afastamento dos parentes já é muito grande, e o sentimento de familia assás enfraquecido.⁴⁶⁸

Na verdade, se no início do século XX a afetividade entre parentes de grau mais distante poderia ser significativa, com o passar das décadas esse sentimento de apego familiar entre os colaterais foi se desvanecendo. Não foi à toa, portanto, que essa vocação sofreu sucessivas alterações⁴⁶⁹, até que, finalmente, em 1946, por meio do Decreto-Lei n.º 9.461, ela restasse limitada ao quarto grau. Embora isso tenha sido mantido pelo Código Civil de 2002, em consonância com a definição de parentesco⁴⁷⁰, já não são frequentes os laços de carinho e afeto entre parentes distantes, não sendo poucas as pessoas que, ao constituírem nova família, perdem por completo qualquer vínculo afetivo com primos e tios-avós. Daí ser inquestionável o fato de que tais pessoas jamais poderiam aparecer antes do cônjuge na ordem de vocação hereditária.

Se é razoável que recebam a herança na ausência de outros herdeiros, a fim de evitar que ela seja declarada vacante, o mesmo não ocorre quanto à sua posição na ordem vocacional em comparação com os membros da família imediata do *de cujus*. Por esse motivo, como se verá, durante a vigência do Código Civil de 1916, a Lei n.º 8.971/94, que definiu paralelamente àquele diploma e em harmonia com ele a posição do companheiro na ordem de vocação hereditária, inseriu-o antes dos colaterais.

⁴⁶⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua**. Edição histórica, p. 795.

⁴⁶⁹ O Decreto-Lei n.º 1.907, de 26 de dezembro de 1939, embora não alterasse o texto do Código Civil de 1916, reduziu bastante o direito hereditário dos colaterais, limitando-o ao segundo grau: “Art. 1º Além dos casos previstos no Código Civil, considera-se jacente a herança si o falecido, nacional ou estrangeiro, tiver sido solteiro ou viuvo e não houver deixado testamento nem ascendente, descendente ou irmãos herdeiros e sobreviventes, notoriamente conhecidos”. Alguns anos depois, o Decreto-Lei n.º 8.207, de 22 de novembro de 1945, permitiu a sucessão dos colaterais até o terceiro grau, alterando a redação do artigo 1.612 do Código Civil. Por fim, o Decreto-Lei n.º 9.461, de 15 de julho de 1946, definiu que os colaterais até o quarto grau seriam herdeiros legítimos. Essa redação foi mantida até a revogação do Código Civil de 1916 pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁴⁷⁰ Estabelece o Código Civil vigente: “Art. 1.592. São parentes em linha collateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”.

4.1.2 Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo

A Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, introduziu dois parágrafos no artigo 1.611 do Código Civil de 1916, concedendo ao cônjuge sobrevivente o direito de usufruto e o direito real de habitação. Por conseguinte, o § 1.º do artigo 1.611, criado pelo Estatuto da Mulher Casada, veio estender aos viúvos a tutela já existente em favor das brasileiras casadas com estrangeiros, prevista no Decreto-Lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, com redação dada pelo Decreto-Lei n.º 5.187, de 13 de janeiro de 1943.

Trata-se de usufruto vidual, estabelecido imperativamente pelo legislador, em quotas equivalentes à quarta parte dos bens do falecido, ou à metade deles, conforme o concurso com os filhos ou os ascendentes do *de cujus*:

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do “*de cujus*”.

Tal direito só seria atribuído, como se nota, àquele que não tivesse sido casado com o autor da herança pelo regime da comunhão universal de bens.

Embora o deferimento do usufruto ao cônjuge lhe proporcionasse considerável proteção, seu potencial “não foi nem de longe desenvolvido em sua plenitude, seja pelo descaso doutrinário, seja pela timidez da interpretação que lhe foi dada pelos Tribunais, reduzindo-o a instituto derogável e de somenos importância”.⁴⁷¹

O menoscabo ao instituto decorreu de certas tendências interpretativas, que procuraram restringir as hipóteses de sua aplicação. Entre os principais argumentos utilizados, estavam os seguintes: a) a concessão do usufruto dependia da efetiva necessidade alimentar; b) a quota do cônjuge usufrutuário seria formada unicamente pelos bens disponíveis; c) o autor da herança poderia afastar tal direito por meio de doação ou testamento; e d) o cônjuge receberia o usufruto somente na sucessão *ab intestato*.⁴⁷²

Gustavo Tepedino combateu tenazmente cada uma dessas concepções, as quais ele

⁴⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**, p. 51.

⁴⁷² A consideração desses argumentos assume especial relevo no desenvolvimento da presente tese, haja vista que muitos deles têm sido igualmente suscitados em relação ao direito sucessório do companheiro.

considerou “enodoadas pelo pecado original da inserção na disciplina civilística de premissas que lhe são absolutamente estranhas, resultando em conclusões desprovidas de fundamento técnico-jurídico, eis que apartadas do direito positivo”.⁴⁷³

Quanto ao raciocínio de que a concessão do usufruto dependia da efetiva necessidade alimentar, Tepedino demonstrou que, diversamente das modalidades de usufruto legal previstas no direito de família, o direito sucessório outorgado ao cônjuge não é exercido em benefício de outrem, mas do próprio usufrutuário. Revelou, ademais, ser “insustentável a identificação do usufruto do cônjuge supérstite com um direito alimentar, de sorte a restringi-lo, ou até suprimi-lo de acordo com a capacidade econômica do alimentando”.⁴⁷⁴ Afinal, o § 1.º do artigo 1.611 não dá margem a tais limitações, mas, ao contrário, estipula imperativamente o deferimento desse direito real sobre quota do espólio.⁴⁷⁵

O argumento de que o usufruto do cônjuge incidiria apenas sobre os bens disponíveis também não pode prosperar, porquanto a lei não estabelece tal restrição. Embora o artigo 1.723 do Código Civil anterior proibisse o testador de onerar a legítima com gravames superiores às cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade, “nada

⁴⁷³ TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**, p. 52.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁷⁵ No Superior Tribunal de Justiça, encontram-se várias decisões reconhecendo que o usufruto previsto no artigo 1.611, § 1.º, constitui direito sucessório do viúvo, que não está atrelado à sua condição financeira: “AGRAVO REGIMENTAL. CIVIL. USUFRUTO VIDUAL. – O usufruto vidual independe da situação financeira do cônjuge sobrevivente. – O fato de o viúvo ser beneficiário de testamento do cônjuge falecido, não elide o usufruto vidual.” (AgRg no REsp 844.953/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 19/12/2007, p. 1223). “CIVIL. USUFRUTO VIDUAL. O usufruto vidual é instituto do direito sucessório, e independe da situação financeira do cônjuge sobrevivente; recai sobre a totalidade do patrimônio do falecido - inclusive, portanto, sobre a legítima. Recurso especial não conhecido.” (REsp 229.799/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/04/2001, DJ 28/05/2001, p. 160). Em sentido contrário, considerando que o usufruto tem como escopo a salvaguarda do mínimo necessário ao cônjuge ou companheiro que não possui, obrigatoriamente, quinhão na herança: “DIREITO SUCESSÓRIO. ART. 1.611, § 1º, CC/16. USUFRUTO VIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPANHEIRA CONTEMPLADA EM TESTAMENTO COM PROPRIEDADE DE VALOR IGUAL OU SUPERIOR AOS BENS SOBRE OS QUAIS RECAIRIA O USUFRUTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O usufruto vidual do consorte sobrevivente tem como escopo a salvaguarda do mínimo necessário ao cônjuge ou companheiro que não possui, obrigatoriamente, quinhão na herança do falecido, como no caso de comunhão parcial ou separação absoluta, em sucessões abertas na vigência do Código Beviláqua, que não considerava o cônjuge como herdeiro necessário. 2. Por isso que não faz jus ao usufruto legal a que alude o art. 1.611, § 1º, do Código Civil revogado, a companheira que foi contemplada em testamento com bens de valor superior ou igual àqueles sobre os quais recairia o usufruto. 3. Tendo sido legado à companheira do falecido propriedade equivalente a que recairia eventual usufruto, tem-se que tal solução respeita o que dispõe o art. 1.611, § 1º, do CC/16, uma vez que, juntamente com a deixa testamentária de propriedade, transmitem-se, por consequência, os direitos de usar e de fruir da coisa, na proporção exigida pela lei. 4. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 594.699/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009).

mais insubsistente do que transferir ao legislador a restrição imposta ao testador pelo próprio legislador”.⁴⁷⁶ O direito do cônjuge viúvo provém de norma cogente, que determina seu cálculo sobre o patrimônio global do falecido, sendo incidente, portanto, sobre a legítima.⁴⁷⁷

No tocante à alegação de que o cônjuge poderia ser privado de seu direito por meio de disposição do falecido de seus bens, ela não poderia prosperar.⁴⁷⁸ Ao estabelecer a reserva em usufruto da metade ou da quarta parte do patrimônio hereditário, o legislador tornou o cônjuge herdeiro necessário, pois fez incidir seu direito tanto sobre a parte disponível quanto sobre a indisponível. Em sendo assim, tornando-se o viúvo herdeiro legitimário, não pode o testador afastá-lo da sucessão.⁴⁷⁹

Por fim, a pretensão de que o cônjuge só recebesse o usufruto na sucessão *ab*

⁴⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**, p. 82.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “DIREITO CIVIL – USUFRUTO VIDUAL. I – O usufruto vidual possui natureza hereditária e depende, para sua concessão, tão-somente da presença dos requisitos do § 1º do artigo 1.611 do Código Civil, anterior, podendo alcançar até a metade da totalidade do patrimônio do falecido, inclusive, a legítima, se não houver descendentes. [...]. Recurso especial provido.” (REsp 330.026/MG, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2004, DJ 22/03/2004, p. 292)” E ainda: “CIVIL. USUFRUTO VIDUAL. O usufruto vidual é instituto do direito sucessório, e independe da situação financeira do cônjuge sobrevivente; recai sobre a totalidade do patrimônio do falecido – inclusive, portanto, sobre a legítima. Recurso especial não conhecido.” (REsp 229.799/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/04/2001, DJ 28/05/2001, p. 160).

⁴⁷⁸ Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu o contrário: “Direito civil. Sucessões. Usufruto vidual. Exclusão testamentária. Prevalência. – O art. 1.574, do CC/16, estabelece que, na hipótese de morrer a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos. – Se houver disposição testamentária, resguardada a legítima aos herdeiros necessários, prepondera a última vontade transmitida pelo testador, notadamente quando manifestada por meio de testamento público, com o cumprimento de todos os requisitos e solenidades legalmente previstos no art. 1.632 e seguintes do CC/16. – O testamento é a expressão da liberdade no direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano. – Se, ao dispor de seu patrimônio por meio de testamento público, silencia o testador a respeito do cônjuge que a ele sobreviver, opera-se a exclusão deste, conforme disposto no art. 1.725 do CC/16, o que se contrapõe, diretamente, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo com base no art. 1.611, § 1º, do mesmo Código, que não deve ter guarida na hipótese; sobrepõe-se, dessa forma, a vontade explícita do testador em excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo, que somente seria resguardado se não houvesse a referida disposição testamentária. Recurso especial provido.” (REsp 802.372/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 10/12/2008). O equívoco do Tribunal, a nosso ver, consistiu em desconsiderar o fato de que, com a inclusão do § 1.º ao art. 1.611 do Código Civil, o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário, passando também a ter direito à legítima, ao lado dos descendentes e dos ascendentes, a despeito da omissão remanescente no art. 1.721.

⁴⁷⁹ Gustavo Tepedino embasa sua defesa principalmente na linguagem utilizada pelo legislador, ao prescrever que o cônjuge “terá direito” (art. 1.611, § 1.º), não permitindo ao testador contorná-la (TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 78). Por essa mesma razão, como se verá, o companheiro já deveria ser também considerado herdeiro necessário, tanto pela Lei n.º 8.971/94, quanto pelo Código Civil de 2002. Todavia, o motivo principal da qualidade de reservatário não é esse, conforme será apresentado no Capítulo 5.

intestato não encontra igualmente respaldo na legislação.⁴⁸⁰ Como observa Tepedino, “mesmo a prescindir de argumentos literais, a opção de limitar os direitos do cônjuge à sucessão *ab intestato* significaria, mais uma vez, restringir onde o legislador não restringiu”.⁴⁸¹ Diversamente do que ocorria com o Código Civil francês, em que havia dispositivo que declarava expressamente que o direito de usufruto não seria exercido se o cônjuge recebesse do falecido determinadas liberalidades⁴⁸², a legislação brasileira não condicionava a reserva legal à ausência de testamento.

4.1.3 A Concessão ao Cônjuge do Direito Real de Habitação

Além de conceder ao cônjuge supérstite o usufruto vidual, a Lei n.º 4.121/62 também lhe outorgou o direito real de habitação, com a inserção do § 2.º no artigo 1.611 do Código Civil de Beviláqua, com a seguinte redação:

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

O mesmo direito foi garantido ao cônjuge pelo Código Civil de 2002:

⁴⁸⁰ O Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, mesmo com a existência de testamento, o cônjuge receberia o usufruto: “AGRAVO REGIMENTAL. CIVIL. USUFRUTO VIDUAL. – O usufruto vidual independe da situação financeira do cônjuge sobrevivente. – O fato de o viúvo ser beneficiário de testamento do cônjuge falecido, não elide o usufruto vidual.” (AgRg no REsp 844.953/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 19/12/2007, p. 1223) Anteriormente, porém, já houve decisão em sentido diverso: “USUFRUTO LEGAL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. TESTAMENTO. A CÔNJUGE SUPÉRSTITE, QUE FORA CASADA COM O *DE CUJUS* EM REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS (ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II DO CC), NÃO TEM DIREITO AO USUFRUTO LEGAL (ART. 1611, PAR-1., DO CC) SE CONTEMPLADA NO TESTAMENTO COM BENS EM QUANTIA IGUAL OU SUPERIOR ÀQUELES SOBRE OS QUAIS RECAIRIA O USUFRUTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 28.152/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 30/05/1994, DJ 27/06/1994, p. 16984).

⁴⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**, p. 78.

⁴⁸² Estabelecia o Code Napoléon acerca do exercício do usufruto pelo cônjuge: “Article 767. [...] *Il cessera de l'exercer dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue, et, si ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément de son usufruit.* [...]” (Tradução livre: Ele cessará de exercê-lo no caso em que houver recebido do defunto liberalidades, mesmo feitas por antecipação e por fora, cujo montante alcance os direitos que a presente lei lhe atribui, e, se o montante for inferior, ele não poderá reclamar senão o complemento do seu usufruto.).

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

O direito real de habitação, previsto nesse dispositivo, constitui instrumento importante para evitar que o cônjuge supérstite fique desamparado e perca o direito de moradia, nos casos em que não concorre com os descendentes do autor da herança.

A injustiça que se pretendeu evitar, conforme explica José Luiz Gavião de Almeida, decorre do fato de o cônjuge não receber os bens hereditários por força do regime de bens que regulava as relações patrimoniais do casal, diante do que todos os bens, inclusive aquele onde morava o falecido com sua esposa, seriam deferidos aos herdeiros. E estes, “amparados pelo direito de propriedade, não precisavam respeitar a situação do cônjuge sobrevivente, o qual se via desamparado”.⁴⁸³

Com o direito real de habitação, a esposa não será obrigada a desocupar o imóvel onde vivia com o falecido, mas, ao contrário, terá o direito de habitá-lo gratuitamente. A dúvida que persiste diz respeito a saber se tal direito só remanescerá enquanto a esposa mantiver a condição de viúva. Assim era na legislação anterior, segundo dispunha o § 2.º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916. Como o diploma atual não mais se refere à manutenção da viuvez, há quem entenda que o direito real de habitação continuaria mesmo diante de novo casamento do viúvo.⁴⁸⁴ A matéria, porém, é controvertida, motivo pelo qual será analisada ao tratarmos da sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002.

⁴⁸³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões** (artigos 1.784 a 1.856), p. 218.

⁴⁸⁴ Conforme raciocina Venosa, o atual artigo 1.831 “não mais exige a permanência do estado de viuvez para ser mantido o gozo desse direito real de habitação do consorte sobrevivente” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.664). Por razões éticas, contudo, defende o mesmo autor a inclusão no dispositivo do requisito da viuvez. Nesse sentido, o Projeto de Lei n.º 276/2007 prevê a inserção no artigo 1.831 da seguinte exigência: “enquanto permanecer viúvo ou não constituir união estável”.

4.2 TUTELA CONSTITUCIONAL DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Roberto Calvo⁴⁸⁵ questiona se, de acordo com a norma constitucional italiana, o legislador poderia limitar a sucessão ao casamento, privando de tutela as uniões livres caracterizadas por um mínimo de estabilidade. Segundo Cristina Coppola⁴⁸⁶, é evidenciado que, enquanto o instituto do matrimônio continua a representar o protótipo constitucional do relacionamento familiar, ele tem perdido espaço frente a um modelo alternativo, de convivência *more uxorio*, que se tem difundido rápida e amplamente.

Susana Espada Mallorquín⁴⁸⁷ expressa a opinião de que o matrimônio é uma relação jurídica que toma como elementos para a sua regulação a vida em parceria inserida em uma instituição jurídica determinada. A união de fato, ao contrário, é uma realidade convivencial que gera uma relação jurídica à margem da instituição matrimonial, com base na existência de uma *affectio maritalis* entre seus membros e não em um consentimento formalizado. Diante disso, é necessário diferenciar dois tipos de normas. Há aquelas que concedem efeitos jurídicos com base no fato de que o casal tenha institucionalizado sua relação de forma solene. Existem outras que levam em conta o matrimônio como uma relação de vida em comum, de convivência ou de família que é gerada. Neste último caso, pode-se invocar o princípio da igualdade e da proteção da família para estender a regulação dos direitos do matrimônio à família de fato.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao contrário das anteriores, não reconheceu apenas o casamento como forma de instituição familiar. Após estabelecer, no *caput* do artigo 226, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, a Constituição passou a tratar das diversas entidades familiares nos parágrafos desse artigo.

Obviamente, como era de se esperar, os dois primeiros parágrafos do artigo 226 trataram do casamento, espécie de família tradicional. No terceiro parágrafo, porém, atribuiu-se à convivência de fato a qualidade de entidade familiar: “§ 3.º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

⁴⁸⁵ CALVO, Roberto. **La Successione del coniuge**: garanzie individuali e nuovi scenari familiari. Milano: Ipsoa, 2010, p. 47.

⁴⁸⁶ COPPOLA, Cristina. La Successione del convivente *more uxorio*. In: BONILINI, Giovanni. **Il Diritto delle successioni**: successione e diritti del coniuge superstite e del convivente *more uxorio*. Torino: Utet, 2004, p. 379.

⁴⁸⁷ MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**, p. 117.

entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

A partir daí, surgiram duas correntes: uma que entende que a união estável foi equiparada ao casamento, devendo receber o mesmo tratamento; outra, sustentando que são entidades familiares distintas, motivo pelo qual podem ser disciplinadas de modo diferenciado.

Seja como for, um fato é inegável: a Constituição Federal pretendeu proteger “não apenas a família que se esteia no casamento, mas também aquela que se constituiu com base na união estável, sendo certo que essa proteção não se aplica apenas durante a vida, mas também em relação à sucessão *causa mortis*”.⁴⁸⁸

4.2.1 Tratamento Diferenciado entre Cônjuge e Companheiro

Apesar do que frequentemente tem sido alegado por parte da doutrina, não vemos inconstitucionalidade no tratamento diferenciado, em si, entre casamento e união estável, desde que existam motivos para a diferenciação. E, neste caso, há. O critério adotado pelo legislador foi diferente, apresentando-se plenamente justificável quando observamos as distinções de formação dos institutos. Nesse sentido, concordamos, em parte, com Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A despeito de o tratamento do direito sucessório em favor dos companheiros haver-se equiparado ao tratamento legal ministrado às pessoas casadas no período anterior ao advento do CC de 2002 — época em que vigoravam as disposições das Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96 —, o certo é que o novo texto não trata de maneira equiparada os cônjuges e os companheiros. A esse respeito, inexistente qualquer inconstitucionalidade, porquanto o próprio texto constitucional de 1988 deixa claro que não houve equiparação entre casamento e companheirismo, diante da regra expressa acerca do estímulo que a lei deve propiciar que as uniões fundadas no companheirismo se convertam em uniões baseadas no casamento.⁴⁸⁹

De modo similar, Mário Luiz Delgado assevera “ter sido opção do legislador o

⁴⁸⁸ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 588.

⁴⁸⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 132.

tratamento diferenciado da sucessão do companheiro, sem que tal disparidade venha a representar discriminação, mas o pleno atendimento ao mandamento constitucional que, em momento algum, equiparou a união estável ao casamento”.⁴⁹⁰

Para Ana Luiza Maia Nevares, “apesar de casamento e união estável encerrarem situações diversas, este fato não é suficiente para que a tutela na sucessão hereditária seja discrepante, conferindo-se mais direitos sucessórios a uma ou outra entidade familiar, pois ambas constituem família”⁴⁹¹. A autora defende que as relações entre cônjuges e entre companheiros são idênticas em sua essência, pois se baseiam em semelhantes vínculos de amor, solidariedade e respeito. Com supedâneo nesse fato, conclui que os direitos sucessórios de ambas as espécies familiares devem ser idênticos.

Entretanto, a mesma autora reconhece que as relações familiares geradas pelo casamento e pela união estável “são diversas quanto à sua constituição e, por esta razão, a regulamentação de cada uma deverá conter diferenciações”.⁴⁹² Como exemplos dessas diferenças, são citados os atos que nenhum dos cônjuges pode praticar sem a autorização do outro, a presunção de paternidade decorrente do ato formal do matrimônio e a presunção absoluta de patrimônio comum.

Concordamos com a autora, no sentido de que, “quanto aos pontos em que se identificam, casamento e união estável devem ter os mesmos direitos”.⁴⁹³ Temos de questionar, porém, se a sucessão *causa mortis* deve ser tratada necessariamente de forma idêntica. Parece-nos que não, por envolver exatamente questões patrimoniais relacionadas com o modo de formação dessas entidades familiares.

Enquanto o casamento é celebrado por meio de uma série de solenidades, que permitem aos nubentes refletir acerca do modo como pretendem conduzir suas relações

⁴⁹⁰ DELGADO, Mário Luiz. A União estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8, p. 285. Manifesta, ainda, o autor, em outra ocasião: “A orientação adotada pelo legislador procurou ser coerente com o estabelecido no § 3.º do art. 226 da Carta Magna, que assegura a proteção do Estado à união estável, mas sem equipará-la ao casamento, tanto que determina que a lei facilitará a sua conversão em casamento, e não se converte o que já é igual”. (DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas: novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 3), p. 438).

⁴⁹¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 216.

⁴⁹² Ibidem, p. 206.

⁴⁹³ Ibidem, p. 213.

patrimoniais e defini-las previamente, o mesmo, em regra, não se dá com a união estável, até pela informalidade que permeia este vínculo. A família de fato nasce, por vezes, de modo imperceptível e não planejado.

Embora os companheiros possam realizar um contrato de convivência, sabemos que isso não é feito na maioria dos casos. Os casais simplesmente passam a viver juntos e, quando se dão conta disso, a família já foi estabelecida. É preciso reconhecer que nem sempre isso ocorre de modo consciente e tampouco se dá com a intenção manifesta de ambos de constituir uma entidade familiar. O que para um é um simples namoro, para o outro pode ser um relacionamento mais sério.

Obviamente, cabe ao Estado proteger ambos os sujeitos nessa relação e, uma vez configurada a convivência pública nos termos da lei, amparar seus direitos, inclusive sucessórios. Mas as discrepâncias existentes na sua formação devem conduzir o legislador a resguardar os interesses patrimoniais de modo cuidadoso, não atribuindo ao companheiro maiores vantagens do que o casal intencionava.

À família criada de modo informal, e não raro impensado, não parece absurdo atribuir direitos sucessórios apenas sobre o patrimônio adquirido no curso da relação. Desse modo, quanto mais tempo viverem juntos e quanto mais lutarem unidamente para conquistarem seus bens, maiores serão os direitos hereditários de ambos. Por outro lado, se a convivência durar pouquíssimo tempo, sem a efetiva colaboração mútua e carente de vínculos mais consolidados, é razoável que a participação sucessória seja pequena. Afinal, o companheiro sobrevivente já não contava com aquele patrimônio antes do efêmero convívio.

Feitas essas constatações, cremos que a união estável, dado seu informalismo, não deve produzir a transmissão patrimonial daquilo que já se possuía anteriormente à sua constituição, principalmente em detrimento dos parentes próximos, a menos, é óbvio, que esse seja o desejo dos conviventes, quando, então, poderão celebrar um contrato de convivência ou fazer um testamento.

4.2.1.1 Parâmetros Utilizados para o Tratamento Diferenciado

De acordo com os ensinamentos de Débora Gozzo, apesar de a Constituição, como Lei Maior, ter garantido proteção à união estável, como entidade familiar que é, tudo leva a crer que legislador de 2002 buscou proteger mais o cônjuge do que o companheiro, por meio de um tratamento sucessório diferenciado. Isso, em si mesmo, não é inconstitucional, como explica a mesma autora:

Protegê-la como entidade familiar não deve significar, em instante algum, que ela seja merecedora dos mesmos direitos concedidos aos cônjuges, esvaziando-se com isso o instituto do casamento. O certo, em termos de ordenamento, é que a instituição casamento continua a merecer a proteção total do legislador. Não é à toa que o próprio parágrafo 3.º do art. 226 da Constituição da República especifica que caberá ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento, o que na legislação atual consta, de forma bem singela, do art. 1.726 do Código Civil. Resta claro, portanto, que o objetivo a ser alcançado pelo legislador é o casamento, não a manutenção da união estável, situação que, por ser de fato, pode gerar incertezas.⁴⁹⁴

Guilherme Calmon Nogueira da Gama sustenta que a “inclusão do cônjuge na condição de herdeiro necessário representa prestígio legal às autênticas e efetivas uniões fundadas no casamento, servindo como estímulo às pessoas para que convertam suas uniões informais em uniões formais”.⁴⁹⁵

Embora concordemos que o legislador pode até privilegiar a família matrimonial, não podemos aceitar o argumento de que somente o cônjuge poderia ser considerado herdeiro necessário, muito menos a alegação de que somente as uniões fundadas no casamento sejam “autênticas e efetivas”. Uma união estável é tão autêntica e efetiva quanto um matrimônio. A despeito de suas diferenças e particularidades, ainda assim é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar, posto que família de fato.

Definitivamente, o parâmetro apontado pelo autor não pode ser considerado como embasamento válido para que o companheiro não possa ser considerado herdeiro necessário.

⁴⁹⁴ GOZZO, Débora. Discriminação do companheiro frente ao cônjuge: uma análise do art. 1.790 do Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8, p. 43.

⁴⁹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**, p. 132.

4.2.1.2 Principais Diferenças na Sucessão do Cônjuge e do Companheiro

A concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido está condicionada a determinados regimes de bens.

No regime da separação convencional, escolhido pelos nubentes por meio do pacto antenupcial, o cônjuge deve ser considerado herdeiro juntamente com os descendentes do autor da herança.

Há quem alegue que isso viola a própria vontade dos cônjuges, que, ao escolherem o regime da separação, não desejam que o patrimônio se comunique. Não pensamos assim. De fato, não haverá comunicação de bens, nem durante o casamento, nem depois. O que ocorre, no caso, é atribuição de parcela da herança e não meação.

Pode parecer que a regra é contrária aos interesses do casal, pois, sendo o cônjuge herdeiro necessário, não há como um deles afastar completamente o outro da sucessão. No entanto, o autor da herança pode retirar do cônjuge supérstite toda a parte disponível. Se normalmente não o faz, é porque seu desejo não é de privar o viúvo dos bens necessários à sua manutenção.

De fato, não há como uma pessoa se casar, atualmente, dentro de um regime em que o seu cônjuge não tenha nenhum direito patrimonial. Mas isso é normal dentro de um sistema que visa à consecução de um ideal de justiça. Não quis o legislador correr o risco de criar tal situação em que o cônjuge pudesse ser privado dos bens imprescindíveis à sua subsistência.

Com efeito, quem se casa pelo regime da separação de bens não pode privar completamente o seu consorte de receber parcela da herança. Mas pode reduzir bastante o seu valor, testando a parte disponível a outras pessoas. Ou pode até se divorciar, de modo a pôr fim ao direito sucessório. Poderá, ainda, constituir outra forma de entidade familiar, vivendo em união estável, caso em que é possível que cada companheiro mantenha patrimônio completamente distinto, não só incomunicável, mas também intransmissível por herança. Daí advém uma das vantagens do tratamento diferenciado entre cônjuges e companheiros, conferindo à população maior liberdade de escolha sobre o tipo de família que deseja ter.

Quem se casa, deve estar disposto a sujeitar-se às regras que regulam o matrimônio. Quem não quer estar debaixo dessas normas, poderá optar por viver em união estável, ou mesmo por um contrato de companheirismo, numa relação aberta.

4.2.1.3 Constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

Rodrigo da Cunha Pereira manifesta ser flagrante a inconstitucionalidade do artigo 1.790, pelo fato de que “aloca o companheiro em uma posição jurídica inferior ao cônjuge”.⁴⁹⁶ Como temos salientado, porém, o tratamento diferenciado, por si mesmo, não enseja a inconstitucionalidade do dispositivo. Se o artigo padece de inconstitucionalidade, isso ocorre por afrontar o núcleo familiar constituído pela união estável, favorecendo parentes distantes em detrimento do companheiro.

Com efeito, o artigo 1.790 do Código Civil, que dispõe sobre o regime sucessório em união estável foi alvo de incidente de inconstitucionalidade.⁴⁹⁷ A alegada afronta, de acordo com o que temos sustentado, diz respeito apenas aos incisos III e IV, não a todo o artigo.

Nesse sentido, foi acolhido, no Superior Tribunal de Justiça, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1790:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e

⁴⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 125.

⁴⁹⁷ “INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AI no REsp 1135354/PB**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 02/06/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1064996&sReg=200901600515&sData=20110602&formato=HTML>. Acesso em: 1.º jul. 2011).

IV, do art. 1.790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.⁴⁹⁸

No corpo do acórdão que acolheu o incidente, tendo por relator o Ministro Luis Felipe Salomão, consta que o *de cujus* deixou uma companheira, com quem o *de cujus* mantivera união estável por vinte e seis anos. A sentença determinou que ela nomeasse e qualificasse todos os herdeiros sucessíveis do falecido, ao fundamento de que, nos termos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, o companheiro “somente será tido como único sucessor quando não houver parentes sucessíveis, o que inclui os parentes colaterais, alterando nesse ponto o art. 2.º, da Lei 8.971/94, que o contemplava com a totalidade da herança apenas na falta de ascendentes e descendentes”.

Contra a decisão, a inventariante interpôs agravo de instrumento, sob a alegação de ser herdeira universal, uma vez que o artigo 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por afronta ao artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal, bem como pelo fato de que o mencionado dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o artigo 1.829 do Código Civil, que confere ao cônjuge supérstite a totalidade da herança, na falta de ascendentes e de descendentes. Entretanto, foi negado provimento ao agravo, sob o fundamento de que, com a vigência do novo Código Civil, teria havido alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei n.º 8.971/94.

A companheira interpôs recurso especial, com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional (CF, art. 105, III), alegando que o acórdão recorrido aplicou mal o artigo 1.790 do CC/02, bem como as Leis n.º 8.971/94 e n.º 9.278/96. Invocou ainda o dissídio jurisprudencial e suscitou a inconstitucionalidade do dispositivo, pleiteando a totalidade da herança e o afastamento dos colaterais.

Em seu voto, o relator citou Francisco José Cahali, Zeno Veloso e Fábio Ulhoa

⁴⁹⁸ STJ, AI no REsp 1135354/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 02/06/2011.

Coelho⁴⁹⁹, dentre os doutrinadores que propugnam pela inconstitucionalidade do artigo 1.790. Este último autor, porém, sustenta a inconstitucionalidade dos incisos II e III, defendendo que o companheiro deve ter os mesmos direitos sucessórios do cônjuge, com o que não concordamos.

Consta ainda do relatório do Ministro Luis Felipe Salomão, a respeito da impropriedade técnica na redação do inciso IV:

O *caput* do art. 1.790 faz alusão apenas a bens “adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. É bem de ver, destarte, que o companheiro, mesmo na eventualidade de ter “direito à totalidade da herança” (inciso IV), somente receberá aqueles bens a que se refere o *caput*, de modo que os bens particulares do *de cujus*, aqueles adquiridos por doação, herança ou antes da união, “não havendo parentes sucessíveis”, terá a sorte de herança vacante.

Essa conclusão somente seria evitada se houvesse interpretação do inciso IV em total independência com a cabeça do artigo, solução que parece a mais justa, mas que carece de respaldo técnico adequado.⁵⁰⁰

Criticou-se, no caso dos autos, o fato de que, embora a companheira tivesse vivido por quase três décadas com o *de cujus*, ela seria obrigada a concorrer com irmãos do autor da herança (cunhados dela) ou até com outros parentes mais distantes, como tio, primo e tio-avô. Citou-se que tal solução também é, pela mencionada doutrina, acoimada com a pecha de inconstitucionalidade, basicamente, por três linhas de raciocínio:

a) a Constituição Federal não diferenciou as famílias havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união estável em casamento não permite ao legislador conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional;

⁴⁹⁹ Francisco José Cahali sustenta que “a nova lei força caminho na contramão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial elaborada à luz da Constituição Federal de 1988” e que “houve um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço da sociedade”. (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**, p. 180). Zeno Veloso admoesta que “a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais”. (VELOSO, Zeno. Do Direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 294). Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, defende que “a única diferença entre o casamento e a união estável é a relacionada à prova judicial da existência do vínculo de conjugalidade”, alegando que “no falecimento de pessoa vinculada a união estável, o companheiro sobrevivente terá os mesmos direitos sucessórios titularizados pelo cônjuge”. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142; 145).

⁵⁰⁰ STJ, AI no REsp 1135354/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/05/2011, Relatório e Voto, p. 4-5.

b) ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art. 1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do *de cujus* com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade;

c) tendo em vista que a Lei n.º 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do *de cujus* (“na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”, art. 2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n.º 9.278/96, as disposições do art. 1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira.⁵⁰¹

Embora não concordemos com a primeira linha de raciocínio, porquanto não visualizamos no texto constitucional a imposição de que a união estável recebesse o mesmo tratamento que o casamento, as outras duas argumentações são irretocáveis. Com efeito, não caberia ao legislador infraconstitucional atribuir mais direitos a parentes colaterais distantes, do que ao próprio companheiro. Ademais, não poderia o Código Civil retroceder tanto em matéria sucessória, ferindo o direito fundamental de herança do companheiro.

O Ministério Público Federal opinou para que fosse proclamada, no caso concreto, a inconstitucionalidade do artigo 1.790, incisos III e IV, do Código Civil, e, por conseguinte, “dado provimento ao recurso especial, para afastar a exigência de que a companheira do falecido nomeie e qualifique, nos autos do arrolamento sumários, os parentes colaterais até quarto grau de seu companheiro”.⁵⁰²

No decorrer do julgamento, todavia, os ministros do Superior Tribunal de Justiça entenderam, por maioria de votos, que o recurso próprio para a declaração de inconstitucionalidade é o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, diante do que a

⁵⁰¹ STJ, AI no REsp 1135354/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/05/2011, Relatório e Voto, p. 6-7.

⁵⁰² CORTE especial julga, em agosto, incidente de inconstitucionalidade sobre regime sucessório em união estável. 11 julho 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102519&tmp.area_anterior=44&tmp>. Acesso em: 10 jul. 2011.

Corte Especial não conheceu da Arguição de Inconstitucionalidade.⁵⁰³ Consta do voto do relator, Ministro Castro Meira:

Parece-me que estamos a analisar a primeira parte, ou seja, recurso especial que coloca em causa a constitucionalidade de um dispositivo do Código Civil. Nesse ponto, sabemos que foge totalmente ao âmbito do recurso especial, porque o apelo nobre se limita, como sabido, ao exame da matéria infraconstitucional.

Isso não quer dizer, entretanto, que a Turma ou Seção não possa submeter, eventualmente, à Corte Especial, em incidente de constitucionalidade, quando considera que isso é essencial para a formação do seu convencimento.

Na hipótese, é o próprio recurso que se fundamenta na inconstitucionalidade da norma constitucional, evidentemente, deveria isso ser levado ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, c, da Constituição Federal.

Com essas breves considerações, também, acolho e sigo a divergência, não obstante as bem lançadas e os combatidos argumentos trazidos pelo eminente Ministro Relator.

Ante o exposto, **não conheço do recurso especial.** (grifo do autor).⁵⁰⁴

Os Tribunais de Justiça, vale salientar, não têm geralmente reconhecido a

⁵⁰³ Em 17/08/2011, em julgamento parcial, após o voto do Sr. Ministro Relator acolhendo a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Em 16/05/2012, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha julgando improcedente a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Em 06/06/2012, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki não conhecendo do incidente, em preliminar, pediu vista o Sr. Ministro Felix Fischer. Em 03/10/2012, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, a Corte Especial, por maioria, não conheceu da Arguição de Inconstitucionalidade. Vencidos os Ministros Castro Meira (Relator), Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti. Decidiu-se, em suma, que a inconstitucionalidade incidental não pode ser arguida no STJ pelo autor de recurso especial. A maioria dos ministros do colegiado acolheu a preliminar levantada pelo ministro Cesar Rocha (já aposentado na data do julgamento final), de não conhecimento do incidente, entendendo que, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, no sistema brasileiro não cabe ao autor do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. De acordo com o Ministro Teori Zavascki, que também acolheu a preliminar e vai lavrar o acórdão, o recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰⁴ STJ, AI no Recurso Especial Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5), Voto do Relator, Ministro Castro Meira.

inconstitucionalidade do dispositivo.⁵⁰⁵ Segundo observamos, porém, isso tem ocorrido por afastarem a alegação de que cônjuge e companheiro devem receber tratamento igualitário. Nesse sentido, parecem corretas as decisões.

A propósito, convém trazer à baila a decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa é abaixo reproduzida:

União estável. Direito sucessório. Sucessão do companheiro. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e ou das distintas entidades familiares.

⁵⁰⁵ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora não declarasse expressamente a inconstitucionalidade, deixou de aplicar, no caso concreto, o artigo 1.790, III, do Código Civil: “INVENTÁRIO. Herdeiros. Condição reconhecida ao companheiro da falecida. União estável incontroversa. Existência de parentes colaterais sucessíveis. Regra estabelecida pelo art. 1.790, III, do Código Civil que deve ser interpretada restritivamente, devendo-se estender ao companheiro a prevalência estabelecida nos artigos 1.829 e 1.838, à luz do art. 226, § 3º, da CF. Decisão que excluiu do processo sucessório os colaterais, nomeando o companheiro como único herdeiro, que deve ser mantida. Recurso desprovido.” (Agravado de Instrumento 0033903-80.2010.8.26.0000; Relator(a): Rui Cascaldi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 22/06/2010; Data de registro: 02/07/2010) No Supremo Tribunal Federal foi ajuizada reclamação, questionando a referida decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao deixar de aplicar a norma estabelecida no artigo 1.790, III, do Código Civil, teria violado a Súmula Vinculante nº 10 daquela Corte. Em 17/3/2011, a reclamação acabou sendo assim decidida: “Ante o exposto, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, de acordo com o art. 97 da Constituição.” (Rel 10813, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 17/03/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 22/03/2011 PUBLIC 23/03/2011) Em julgamentos posteriores àquele alvo da reclamação no STF, o TJSP acolheu a arguição de inconstitucionalidade, com remessa dos autos ao Órgão Especial, para apreciação da matéria: “SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL COM O SISTEMA JURÍDICO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS ENTIDADES FAMILIARES E O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA. Impossibilidade da legislação infraconstitucional alijar direitos fundamentais anteriormente assegurados a partícipes de entidades familiares constitucionalmente reconhecidas, em especial o direito à herança. Posição jurisprudencial que se inclina no sentido da inaplicabilidade do ilógico art. 1.790 do Código Civil. Incidência da Súmula Vinculante 10 do STF, que veda reconhecimento implícito de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo. Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, com remessa dos autos ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça, para apreciação da matéria, em atenção à cláusula de reserva de plenário.” (TJSP; AI 990.10.191687-8; Ac. 4730588; Barretos; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Francisco Loureiro; Julg. 23/09/2010; DJESP 17/11/2010) O Órgão Especial do TJSP, contudo, decidiu pela constitucionalidade do dispositivo: “União estável. Direito sucessório. Sucessão do companheiro. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido. (Arguição de Inconstitucionalidade 0434423-72.2010.8.26.0000; Relator(a): Cauduro Padin; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 14/09/2011; Data de registro: 23/11/2011).

Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais.
Incidente desprovido.⁵⁰⁶

Nos termos do voto do relator, a norma não é inconstitucional por tratar, de forma diferente, as entidades familiares. Elucida o Desembargador Cauduro Padin que, diante da existência de regramentos diversos, os interessados podem analisar a conveniência de optar pelo casamento ou permanecer em união estável.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já se decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790. A decisão, de certo modo, parte do pressuposto de que o companheiro não pode ser preterido em relação aos colaterais.⁵⁰⁷ Embora esteja embasada no princípio da equidade, a decisão destaca não apenas eventual direito do companheiro de receber o mesmo que receberia o cônjuge (com o que não concordamos), mas também o fato de que a união estável, sendo reconhecida como entidade familiar, deve ser protegida, assim como o casamento é protegido, ainda que em detrimento dos parentes colaterais.

⁵⁰⁶ TJSP, Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0434423-72.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, suscitada pela 9.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Desembargador Cauduro Padin, Órgão Especial, julgado em 14 set. 2011: “POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. CAUDURO PADIN. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. CORRÊA VIANNA, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, GUILHERME G. STRENGER, ELLIOT AKEL E CAMPOS MELLO, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ ROBERTO BEDRAN (Presidente), BARRETO FONSECA, MAURÍCIO VIDIGAL, GONZAGA FRANCESCHINI, ALVES BEVILACQUA, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, JOSÉ SANTANA, JOSÉ REYNALDO, ARTUR MARQUES, CAUDURO PADIN, GUILHERME G. STRENGER, RUY COPPOLA, RENATO NALINI, CAMPOS MELLO e KIOITSI CHICUTA, com votos vencedores; e SOUSA LIMA, CORRÊA VIANNA, DAVID HADDAD, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, ROBERTO MAC CRACKEN, ENIO ZULIANI e ELLIOT AKEL, com votos vencidos.”

⁵⁰⁷ “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 AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu 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.” (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007).

O Tribunal considerou, ainda, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, o que, na hipótese dos autos, ocorreria por parte do irmão da autora da herança em detrimento do companheiro supérstite, que com a falecida convivia desde o ano de 1995.

Outro ponto sobre o qual pode ser questionada a constitucionalidade, diz respeito à incidência da herança sobre os bens comuns. Tem sido alegado que o companheiro herda mais do que o cônjuge, sendo vantajoso continuar vivendo em união estável, o que violaria flagrantemente o comando constitucional, que determina ao legislador “facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3.º).

Aldemiro Rezende Dantas Júnior⁵⁰⁸ apresenta um exemplo interessante, que merece ser considerado: homem e mulher jovens, sem patrimônio, que passam a conviver em união estável. O autor enfatiza que “neste caso cada um dos companheiros será além de meeiro, herdeiro do outro, ainda que venham a ter filhos”. Se, porém, optassem pela conversão da união em casamento, deixariam de ter direito à herança dos bens comuns. Diante disso, declara que “a inconstitucionalidade é gritante”. Afinal, “no caso em questão, se a manutenção da união estável for (como de fato é) mais vantajosa do que a transformação da mesma em casamento, o que a lei fez foi dificultar a conversão da união em casamento”. Isso ocorre porque, “ao tornar mais benéfica a primeira situação (a união estável), criou uma dificuldade subjetiva, criou um incentivo para a manutenção da união estável, desestimulando (e, portanto, dificultando, em termos subjetivos) sua conversão em matrimônio”.

O exemplo é deveras instigante, mas não serve para a generalidade dos casos. Tomando por base esse mesmo casal citado, basta imaginar que eles tenham adquirido poucos bens a título oneroso, mas herdado grande fortuna de seus pais. Se isso ocorresse, seria muito mais benéfico, para o supérstite, o casamento. Percebe-se, pois, que alegadas vantagens são muito relativas e casuísticas.

Um outro fator ainda precisa ser considerado. Se a companheira é herdeira do companheiro, significa que o contrário também é verdadeiro. E pode não interessar a nenhum deles que os filhos recebam menor parcela da herança a seu favor, até porque não se sabe quem morrerá primeiro. Outrossim, uma aparente vantagem pode se transformar em desvantagem. Se o homem vem a falecer, a mulher receberá parcela de sua herança

⁵⁰⁸ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 586.

sobre os bens comuns, reduzindo o quinhão dos filhos; mas se ela morre primeiro, ele é quem receberá parte dos bens, em prejuízo dos descendentes.⁵⁰⁹ Isso pode até estimulá-los a se casarem, pensando no bem-estar dos filhos. Ou, sendo os filhos comuns do casal, eles, por fim, poderão ficar com todo o patrimônio, quando o outro genitor também morrer. Há, de fato, uma série de variáveis que poderão influenciar ou não a decisão da conversão.

Subjetivamente, pode ser mais vantajoso se casar, dependendo dos interesses de cada um dos conviventes. Se o companheiro adquiriu muitos bens onerosamente durante a convivência, para a companheira pode ser mais interessante permanecer vivendo em união estável, se concorrer com filhos exclusivos dele. Já para ele, ocorrerá o contrário. Pensando nos filhos, pode insistir no casamento, sentindo-se muito mais estimulado a cuidar da conversão. E se sentir necessidade, ainda que não seja o costume da população em geral, sempre poderá elaborar um testamento, modificando bastante a parcela destinada à sua consorte. De qualquer modo, percebe-se que não será o tratamento sucessório diferenciado fator determinante para que a generalidade dos conviventes não queira se casar.

Ademais, ao determinar que a lei facilitasse a conversão em casamento, a Constituição Federal não parece ter ordenado ao legislador fizesse isso por afastar qualquer hipótese de estímulo subjetivo à união estável. Fosse assim, a união estável nem deveria ser reconhecida como entidade familiar. Afinal, sempre haverá aqueles que terão razões próprias para não se casarem. O que o legislador constituinte pretendeu foi a criação de uma lei que permitisse que a união estável fosse convertida em matrimônio, sem a necessidade das formalidades do casamento, como a celebração solene. Os critérios legais devem ser, portanto, objetivos. Devem viabilizar o procedimento de conversão, não necessariamente estimulá-lo. As pessoas são livres para constituírem o tipo de entidade familiar que preferirem.

Além disso, não podemos nos esquecer que, na sociedade atual, as pessoas têm constituído família cada vez mais tarde, muitas vezes quando já possuem determinados bens. Ao mesmo tempo, os filhos casados herdaram com frequência os bens acumulados por seus genitores, bens que, por serem particulares, serão herdados pelo cônjuge supérstite no

⁵⁰⁹ Como temos sustentado, a restrição imposta ao cônjuge e ao companheiro de herdarem apenas determinados bens — dependendo do fato de serem comuns ou particulares —, só se aplica na concorrência com os descendentes. Nas demais hipóteses, a herança deve incidir sobre todo o conjunto patrimonial, não importando a forma de sua aquisição. Portanto, somente em conjunto com os filhos é que o tratamento seria diferenciado, o que afeta enormemente a existência de uma suposta vantagem patrimonial.

futuro. E em todas essas situações a herança do cônjuge seria maior do que a do companheiro.

Apresentadas essas razões, podemos concluir que a sucessão do companheiro não pode ser considerada mais vantajosa pelo fato de que ele herda dos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência. Tudo dependerá do modo como o patrimônio foi conquistado. O legislador, ao regulamentar a sucessão na união estável, adotou um critério diferente do utilizado para o casamento: neste, o propósito foi não deixar o cônjuge desamparado, quando não tivesse direito à meação⁵¹⁰; naquela, foi permitir que o companheiro herdasse apenas do patrimônio para cuja aquisição tenha contribuído. São critérios diversos, sem dúvida, mas não necessariamente melhores ou piores entre si. Talvez não tenham sido a melhor escolha que o legislador poderia ter tomado, mas também não podem ser considerados, por esse único motivo, inconstitucionais.

Diante do exposto, não entendemos que o artigo 1.790 viole a Constituição da República Federativa do Brasil, nem por conferir ao companheiro um tratamento pior, nem melhor, do que o do cônjuge. O valor da herança, no caso concreto, dependerá de uma série de fatores. O modo diferenciado com que o Código Civil regula a sucessão no casamento e na união estável não é causa, em si mesma, de inconstitucionalidade. A afronta à Constituição, a nosso ver, está na interpretação equivocada, baseada, por vezes, numa análise puramente literal do artigo 1.790, apartada de todo o sistema sucessório.

Não podemos aceitar, obviamente, uma interpretação pela qual o companheiro concorra com parentes colaterais distantes, recebendo sempre parcela limitada aos bens comuns. Não é essa, sem dúvida, a melhor hermenêutica, pois resultaria na inconstitucionalidade do artigo 1.790. Há que se proceder a uma interpretação em harmonia com a Constituição, de modo a valorizar a entidade familiar da união estável, mas sem equipará-la, em todos os seus efeitos, ao casamento.

⁵¹⁰ A propósito, explicou Miguel Reale: “Com o advento da Lei 6.515, de 21 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial. Ampliado o quadro, tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança”. (REALE, Miguel. O Cônjuge no novo Código Civil. In: _____. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Cap. 11, p. 62).

4.2.2 Tratamento Igualitário entre Cônjuge e Companheiro

Conforme temos sustentado, o tratamento diferenciado da sucessão da união estável e no casamento não é, em si mesmo, inconstitucional. Nada há na Constituição Federal de 1988 que determine a concessão de direitos sucessórios idênticos ao cônjuge e ao companheiro, sem levar em consideração as diferenças inerentes a cada entidade familiar, sobretudo na sua instituição e formação patrimonial.

Apesar disso, e normalmente por causa da interpretação equivocada que se tem dado ao artigo 1.790, vozes abalizadas propugnam pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, aplicando-se ao companheiro os mesmos preceitos que disciplinam a sucessão do cônjuge, notadamente o artigo 1.829 do Código Civil.

Dentre os autores que propugnam pelo tratamento sucessório igualitário entre cônjuge e companheiro encontra-se Zeno Veloso, que sempre defendeu “que seria conveniente promover uma reforma legislativa, para que a sucessão entre companheiros seja regulada de forma idêntica à sucessão entre os cônjuges, dada a evidente paridade das situações”.⁵¹¹ Nesse sentido, o Código Civil mexicano, que em seu artigo 1.635 manda aplicar aos concubinos as disposições relativas à sucessão do cônjuge.⁵¹²

Euclides de Oliveira, numa alusão aos “7 pecados capitais” cometidos pelo legislador ao regular a sucessão do cônjuge e do companheiro, critica severamente o tratamento diferenciado que receberam:

- *Avareza*: o companheiro não consta da ordem da vocação hereditária (CC, art. 1.829), mas aparece deslocado, em disposição isolada no capítulo das disposições gerais (CC, art. 1.790);

⁵¹¹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 24.

⁵¹² “*Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse reciprocamente, aplicandose las disposiciones relativas a la sucesion del conyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran conyuges durante los cinco anos que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en comun, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este articulo, ninguno de ellos heredara.*” Tradução livre: Artigo 1.635. A concubina e o concubino têm direito a herdar-se reciprocamente, aplicando-se as disposições relativas à sucessão do cônjuge, sempre que houverem vivido juntos como se fossem cônjuges durante os cinco anos que precederam imediatamente a sua morte ou quando tiverem tido filhos em comum, sempre que ambos tenham permanecido livres de matrimônio durante o concubinato. Se, ao morrer o autor da herança, lhe sobreviverem várias concubinas ou concubinos nas condições mencionadas no início deste artigo, nenhum deles herdará.

- *Gula*: o companheiro sobrevivente, em certas situações, refestela-se no banquete sucessório, quando recebe a meação sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência e ainda participa na herança com os parentes do morto (CC, art. 1.790 e incisos), em situação de vantagem comparativamente ao que teria o cônjuge sobrevivente (meação, ou só concorrência na herança);
- *Inveja*: de outro lado, o companheiro sofre e se desconsola diante dos critérios e quotas de concorrência com os descendentes, os ascendentes e os colaterais, porque inferiorizado em relação aos paralelos direitos do cônjuge sobrevivente (CC, art. 1.790, em confronto com o art. 1.832);
- *Ira*: é de causar irritação o cipoal de condições para a concorrência do cônjuge com os descendentes, na pendência do regime de bens do casamento (CC, art. 1.829, *caput*), com omissões e desencontros dos respectivos efeitos jurídicos;
- *Soberba*: os critérios e quotas de concorrência do cônjuge e sua posição de herdeiro necessário revelam superioridade pelos privilégios em relação ao companheiro (CC, arts. 1.832 e 1.845);
- *Preguiça*: houve-se com desleixo, o legislador, fazendo lembrar o “esqueceram de mim”, quando, nas disposições sobre concorrência do cônjuge ou do companheiro com descendentes, omite a referência a filhos exclusivos do falecido e mais outros filhos por ele havidos na última união; igualmente se omitiu disposição relativa ao direito de habitação do companheiro, em incompreensível distorção do regime legal que antes imperava (Lei n.º 8.278/96, art. 7º, par. ún.), e em descompasso com o direito previsto para o cônjuge (CC, art. 1.831);
- *Luxúria*: por fim, afigura-se perigosa a ligação de direitos entre cônjuge e companheiro sobreviventes, dada a previsão de subsistência dos direitos sucessórios do cônjuge separado de fato há menos de 2 anos, ou até por mais tempo, desde que não se apure a sua “culpa mortuária” (CC, art. 1.830).⁵¹³

Embora há que se concordar com a maioria das críticas tecidas pelo autor, isso não significa que a união estável deva ser tratada de modo idêntico ao casamento.

Refutando a alegação de que a Constituição Federal pudesse ter equiparado a união estável ao casamento, Álvaro Villaça Azevedo demonstra que isso não ocorreu: “Realmente, não houve a aludida equiparação, pois a união estável foi reconhecida, como integrante do Direito de Família, como uma das formas de constituição familiar, nos moldes como foi escolhida pela sociedade”.⁵¹⁴

Concordamos com o autor que não houve equiparação. Embora todas as entidades familiares mereçam proteção, isso não significa que devam ser tratadas exatamente da

⁵¹³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Os 7 pecados capitais do novo direito sucessório. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 9, n.º 1, p. 33-55, jan./jun. 2009, p. 35-36.

⁵¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 297.

mesma maneira.

Entretanto, é possível invocar-se a aplicação de vários dispositivos que regulam a os direitos hereditários das pessoas casadas à sucessão dos companheiros. Além disso, o tratamento legal da união estável tende a seguir, paulatinamente, o caminho percorrido pelo direito sucessório do cônjuge.

Por tal motivo, examinamos a longa evolução do direito do cônjuge supérstite à herança do falecido. Por outro lado, é preciso não ignorar o que já foi produzido especificamente sobre a sucessão do companheiro.

Orlando Gomes, ao redigir o texto do seu Anteprojeto de 1963, cujo artigo que tratava da sucessão do companheiro serviu como base para a redação do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, assim justificou a necessidade de se regulamentar o direito de herança na união estável:

Relevante inovação no direito escrito é a que se propõe em relação à sucessão da companheira. Os tribunais vêm amparando-as, através do recurso a justificações engenhosas que atendem, às vezes, ao propósito de tutela, mas a que faltam segurança e rigor técnico, como a da existência de uma sociedade de fato ou, o que é pior, assegurando-lhe um crédito na herança a título de remuneração de serviços. Preferível enfrentar o problema sem hipocrisia e garantir à companheira, em determinadas circunstâncias, o direito hereditário. A legislação da previdência social, mais humana, já lhe assegura aquilo que, em outra oportunidade, chamei o direito hereditário dos pobres, isto é, o direito de receber a pensão a que faria jus se casada fosse.⁵¹⁵

Não há dúvida, portanto, que a despeito da tímida redação do texto que trataria da sucessão do companheiro — o que é compreensível, considerada a data em que foi elaborado —, já se pretendia considerá-lo herdeiro legítimo.

É provável que, com o passar dos anos, cada vez mais se equiparem os direitos do companheiro aos do cônjuge, afastando-se as diferenças existentes entre as duas entidades familiares. Se for assim, é extremamente importante conhecer a regulamentação atual da sucessão do cônjuge.

Ademais, já houve várias decisões judiciais que consideraram o artigo 1.790 do Código Civil inconstitucional, aplicando à sucessão do companheiro o artigo 1.829 e

⁵¹⁵ GOMES, Orlando. **Código Civil**: projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 89.

demais dispositivos que regulam o direito hereditário do cônjuge.⁵¹⁶

4.3 SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil brasileiro, Lei n.º 10.406/02, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, não apenas regulamenta os regimes de bens patrimoniais dos cônjuges, como também estabelece as regras de sucessão aplicáveis à transmissão dos bens de todos os que morrerem a partir daquela data. Nesse sentido, traz o novo diploma uma série de inovações em relação ao Código anterior, que se traduzem em profundas mudanças na posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária⁵¹⁷ e na sua qualidade de herdeiro necessário, o que, na legislação vigente, possui íntima ligação com os regimes de bens no casamento.

O novo Código Civil, não obstante os grande avanços alcançados, contém graves falhas no tratamento da matéria que precisam ser rapidamente corrigidas, para o aprimoramento dos diversos institutos envolvidos e perfeita concretização da proteção sucessória, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Como pôde ser demonstrado ao longo dessas considerações, o legislador de 2002 certamente foi influenciado pela tendência mundial de melhora da situação do cônjuge em matéria sucessória. Observou-se que as legislações mais antigas mantinham o viúvo em posição desfavorável, em relação aos demais herdeiros, diferentemente do que fazem as legislações atuais.

O artigo 1.829 do novo Código Civil constitui um grande avanço na proteção do cônjuge supérstite, que foi colocado, dependendo do regime matrimonial de bens, em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, ao lado dos descendentes. Na hipótese de

⁵¹⁶ Nesse sentido: “SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. Decisão que aplicou ao companheiro viúvo o regime da sucessão do cônjuge, previsto no art. 1.829, I, do Código Civil. Incompatibilidade do artigo 1.790 do Código Civil com o sistema jurídico de proteção às entidades familiares e o direito fundamental à herança - Regime sucessório do companheiro que viola todo o sistema do próprio Código Civil. Recurso improvido.” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0161613-15.2012.8.26.0000, Relator Francisco Loureiro, Comarca de Campinas, 6.ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 25/10/2012, Data de registro: 06/11/2012).

⁵¹⁷ Ao dizermos que o Código Civil de 2002 inovou ao incluir o cônjuge no rol de herdeiros necessários, não pretendemos expressar que, apenas a partir da vigência desse diploma, o cônjuge foi assim considerado. A inovação se deu apenas na redação do dispositivo, pois, numa interpretação sistemática, a legislação anterior (CC/16, art. 1.611, § 1.º, com redação dada pela Lei 4.121/62) já havia atribuído ao viúvo a qualidade de legitimário, em concorrência com descendentes e ascendentes do falecido.

não haver descendentes, o cônjuge foi incluído em segundo lugar, em concorrência com os ascendentes, independentemente do regime de bens. Por fim, não havendo descendentes, nem ascendentes, o cônjuge tem direito de receber toda a herança.

Diante dessa posição sucessória díspar, ocupando as três classes de herdeiros na ordem de vocação hereditária, Zeno Veloso argumenta que o Código Civil “não erigiu o cônjuge à condição de herdeiro necessário apenas, mas à de herdeiro necessário privilegiado”.⁵¹⁸ Não visualizamos essa inclusão nos três incisos do artigo 1.829 propriamente como privilégio, mas como mecanismo indispensável de proteção. O cônjuge não tem vantagens sobre os demais herdeiros necessários. Ao contrário, a limitação da herança do viúvo aos bens particulares na concorrência com os descendentes, como se verá, demonstra que o propósito do legislador foi privilegiar, sobretudo, os filhos do falecido. Tanto é assim que, em conjunto com eles, o viúvo só herda em determinados regimes de bens nos quais não teria, a princípio, direito de meação. Na ausência de filhos, o cônjuge não recebe regalias por também ter sido colocado na segunda classe da ordem vocacional, pois herda o mesmo que o pai e a mãe do *de cuius*. Em suma, a sua posição múltipla não lhe confere direitos especiais, visto que, no caso concreto, o cônjuge ocupará apenas uma das classes sucessórias.

A despeito das importantes inovações, o Código Civil ainda contém muitas imprecisões, que precisam ser modificadas o mais rápido possível. As incertezas geradas por equívocos e esquecimentos do legislador geram insegurança jurídica.

A aparente falta de coerência na exclusão do cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória e a inclusão daquele que contraiu o casamento sob o regime da separação convencional têm gerado polêmicas e dúvidas. Também a ausência de clareza relativa aos bens sobre os quais recai o direito sucessório do cônjuge tem sido motivo de muitos debates. Se, ainda, considerarmos as controvérsias acerca da concorrência do cônjuge com descendentes comuns e descendentes exclusivos do autor da herança, bem como as discrepâncias entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, os problemas se multiplicam.

Considerando o texto em vigor, é preciso buscar a melhor interpretação, no sentido de efetivar a proteção que se almeja. Ao alcançarmos a mais plena compreensão do

⁵¹⁸ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 69-72.

propósito do legislador e do próprio espírito da lei, será possível harmonizar a sucessão do cônjuge com a do companheiro, de modo a se respeitarem ambas as espécies de família.

4.3.1 Direitos Sucessórios do Cônjuge

Ao analisar a ordem legítima de vocação hereditária prevista no Código Civil de 1916, e depois de salientar que a organização das classes sucessórias tem por base as relações de família, Clóvis Beviláqua teceu os seguintes comentários:

A família é um organismo social, que se forma com o casamento, e desenvolve com a procreação da prole. Os conjuges constituem os elementos primordiais da família, e a comunhão de vida e de interesses, em que devem viver, exige que, dissolvida a sociedade conjugal, por morte de um delles, não se considere o sobrevivente um estranho, pois nelle se concentram, ainda, affectos e tradições, que apertam os laços da família. Em rigor, o conjuge superstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de successíveis, salvo se pelo regimen de casamento lhe coubesse levantar a metade do patrimonio da família, porque, então, já estaria, economicamente, amparado. Mas, por amor á simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro lugar, na ordem da successão legitima [...].⁵¹⁹

Como já salientado, preocupando-se menos com a simplicidade do texto, e mais com os laços familiares que ligam um cônjuge ao outro, o Código Civil de 2002 trouxe grandes inovações no campo do direito sucessório, especialmente com relação à posição do cônjuge sobrevivente na ordem legal de vocação hereditária, destinatário do direito de propriedade. Conforme dispõe o artigo 1.829 do novo diploma, a sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

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

⁵¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Beviláqua**. Edição histórica, p. 794-795.

O dispositivo introduziu o cônjuge na primeira classe, em concorrência com os descendentes, e na segunda, em concorrência com os ascendentes. Em consonância com isso, o artigo 1.845 elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes, sem possibilidade de ser excluído da sucessão, por meio de disposição testamentária em favor de terceiro.

De acordo com o artigo 1.830, porém, somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

A separação judicial põe termo ao direito hereditário do cônjuge. Obviamente, a partir da vigência da Lei n.º 11.441, de 4 de janeiro de 2007 (em vigor desde a data de sua publicação, em 5 de janeiro do mesmo ano), a separação consensual por via administrativa também passou a ser considerada como causa de extinção desse direito.

Que dizer, porém, da separação de fato? Aí reside a grande inovação do artigo 1.830, que atribuiu expressamente o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, o casal não estava separado de fato há mais de dois anos. Indo mais além, o dispositivo permitiu ainda que o cônjuge fosse sucessor após esse prazo, se provado que a convivência se tornara impossível sem sua culpa.⁵²⁰

A falha do dispositivo, porém, está no fato de permitir a continuidade da sucessão do cônjuge indefinidamente, *ad aeternum*, se não houver prova de que ele foi culpado pela separação de fato do casal. Essa possibilidade, no entanto, gera desconforto e insegurança jurídica, principalmente porque a legislação admite a constituição de nova família após a separação de fato. Nesse sentido, estabelece o § 1.º do artigo 1.723 do Código Civil: “A

⁵²⁰ Nesse sentido, já em 2004 decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “DIREITOS HEREDITÁRIOS. Exclusão de herdeira – Casamento pelo regime da separação total de bens – Morte de cônjuge, sem ascendentes ou descendentes, não havendo deixado testamento – Sucessão legítima deferida ao cônjuge sobrevivente (CC/02, art. 1829, III) – Da interpretação do art. 1.830 do mesmo diploma legal, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente só é reconhecido para os separados de fato há menos de dois anos, ou para os separados de fato há mais de dois anos, desde que não provada a culpa do cônjuge sobrevivente – Ônus da prova da culpa é dos terceiros interessados, na espécie os colaterais, irmãos do falecido, em ação própria – Casal separado há mais de dois anos quando o varão faleceu – Prova dos autos conflitante e inconclusiva, no sentido de demonstrar que a apelante fosse culpada da separação de fato do casal – Assim, os apelados não demonstraram o fato constitutivo de seu direito – Reforma da sentença, para julgar improcedente a ação, com inversão do ônus da sucumbência – Recurso provido.” (TJSP, Apelação Cível 543.700.4/0-00. Rel. Des. PAULO EDUARDO RAZUK. São José do Rio Preto. 5.ª Vara Cível. 18767/2004).

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

Urge indagar: é justo que após o término da convivência conjugal um cônjuge continue sendo beneficiado pelo patrimônio adquirido pelo outro? O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a comunicação dos bens cessa com o término da vida em comum, mantido o direito de meação do patrimônio adquirido durante a vida conjugal:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. 1. O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após decisão liminar de separação de corpos. 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. 3. Recurso especial não conhecido.⁵²¹

De modo semelhante, parece-nos que, após a separação de fato, qualquer direito sucessório do cônjuge também devesse estar limitado aos bens adquiridos até a data da separação. Afinal, não nos parece correto que o cônjuge continue a ter direito sobre o patrimônio adquirido pelo consorte após o término da vida em comum.

A questão, entretanto, é controvertida e enseja interpretações as mais diversas. Há que se aguardar para verificar em que sentido se orientará a jurisprudência.

⁵²¹ STJ, REsp 1065209/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 16/06/2010. No mesmo sentido: “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. INCLUSÃO DA ESPOSA DE HERDEIRO, NOS AUTOS DE INVENTÁRIO, NA DEFESA DE SUA MEAÇÃO. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Em regra, o recurso especial originário de decisão interlocutória proferida em inventário não pode ficar retido nos autos, uma vez que o procedimento se encerra sem que haja, propriamente, decisão final de mérito, o que impossibilitaria a reiteração futura das razões recursais. 2. Não faz jus à meação dos bens havidos pelo marido na qualidade de herdeiro do irmão, o cônjuge que encontrava-se separado de fato quando transmitida a herança. 3. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge. 4. A preservação do condomínio patrimonial entre cônjuges após a separação de fato é incompatível com orientação do novo Código Civil, que reconhece a união estável estabelecida nesse período, regulada pelo regime da comunhão parcial de bens (CC 1.725) 5. Assim, em regime de comunhão universal, a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal. 6. Recurso especial provido”. (STJ, REsp 555.771/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009).

O principal problema, atualmente, consiste em saber se o prazo de dois anos de separação de fato, estabelecido no artigo 1.830, teria sido recepcionado pela chamada “Emenda do Divórcio”⁵²², que suprimiu esse mesmo lapso temporal como requisito para a dissolução do vínculo matrimonial. Com efeito, o prazo de dois anos, previsto no artigo 1.830, parecia decorrer do interregno exigido pela Constituição Federal para o divórcio direto.⁵²³ Ou seja, se após dois anos de separação de fato, o ordenamento jurídico permitia a dissolução do casamento, não haveria sentido na continuidade do direito sucessório após esse tempo.

Agora, contudo, debaixo do entendimento de que o novo texto constitucional⁵²⁴ admite a dissolução imediata do vínculo conjugal, alguns autores têm expressado que, ocorrida a separação de fato, automaticamente findaria o direito sucessório.⁵²⁵ Embora tal pensamento seja atraente – até porque facilita a interpretação do controvertido texto –, não podemos aceitar que em toda separação de fato o cônjuge supérstite seja privado do direito à herança do falecido.⁵²⁶

No mínimo, essa separação teria que ser considerada definitiva, ocorrida de modo consciente, por meio de uma escolha mútua do casal ou, pelo menos, do cônjuge sobrevivente. Afinal, há casais que se separam durante pouco tempo e depois se reconciliam. Se, porém, durante esse breve período de separação, um dos dois morre, não parece correto privar o supérstite da herança, até porque não há certeza de que essa era a vontade do falecido. No mesmo sentido, não podemos admitir, por exemplo, que a esposa

⁵²² Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010, em vigor desde a data de sua publicação, 14 de julho de 2010.

⁵²³ Estabelecia a redação original do § 6.º do artigo 226 da Constituição Federal: “§ 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

⁵²⁴ Prevê a atual redação do § 6.º do artigo 226 da Constituição Federal: “§ 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 66, de 2010)”.

⁵²⁵ Segundo essa corrente, a alteração do § 6.º do artigo 226 da Constituição Federal, suprimindo o prazo de dois anos para o divórcio direto, teria afastado a possibilidade de aplicação da parte final do artigo 1.830 do Código Civil. (Cf. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 6, p. 175; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130).

⁵²⁶ Carlos Roberto Gonçalves, que atualmente defende não ser mais cabível a discussão da culpa na separação, observava: “A lei presume que o decurso de prazo superior a dois anos de rompimento da relação conjugal é suficiente para arrear a *affectio maritalis* e, conseqüentemente, a participação sucessória do sobrevivente no acervo pertencente ao *de cuius*. Essa presunção é, no entanto, como já se disse, relativa, uma vez que se permite ao cônjuge supérstite a prova de que a separação de fato se deu não por sua culpa, mas por culpa exclusiva do falecido. A regra tem em mira evitar injustiças que certamente ocorreriam se se admitisse o total afastamento do cônjuge da sucessão, pela mera separação de fato, sem qualquer exceção”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**, p. 181-182).

abandonada há poucos dias seja privada de seu direito sucessório, debaixo do entendimento de que o prazo de dois anos não teria mais aplicabilidade.⁵²⁷

É verdade que a parte final do artigo 1.830 já era criticada por aparentemente promover a atribuição de culpa ao falecido e permitir sua discussão *post mortem*, sem dar ao finado o direito de se defender, ferindo-se, com isso, direitos da personalidade. Euclides de Oliveira, com razão, demonstra as dificuldades trazidas pelo dispositivo, que permite a “discussão da ‘culpa mortuária’ no corpo do processo de inventário, para apuração das causas da separação de fato, exigindo o incursiamento das partes às vias ordinárias, por se cuidar de questão de alta indagação, pendente de dilação probatória”.⁵²⁸

Como Carlos Roberto Gonçalves já advertia, porém, o pressuposto da ausência de culpa do cônjuge sobrevivente “não significa que o morto tenha sido, obrigatoriamente, o

⁵²⁷ Ademais, pode-se questionar a própria submissão do prazo do artigo 1.830 do Código Civil ao prazo previsto no artigo 226, § 6.º, da Constituição Federal, embora originalmente o prazo para o divórcio direto pareça ter sido a base para a criação do preceito referente ao período do direito sucessório do cônjuge separado de fato. A propósito, percebe-se que, no texto original do Código Civil da Câmara dos Deputados, o prazo previsto era de cinco anos, tendo sido reduzido para dois pela ER n.º 473-R do Senado Federal. Essa redução harmoniza-se com alteração do prazo para o divórcio direto na história das Constituições. A Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, permitiu a dissolução do casamento desde que houvesse prévia separação de fato “devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos” (art. 2.º), desde que fosse anterior à data da emenda. Ao regulamentar o preceito, dispôs a Lei do Divórcio, n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, em suas disposições transitórias: “Art. 40. No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.” Posteriormente, esse dispositivo foi alterado: “Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação”. (Redação dada pela Lei n.º 7.841, de 17 de outubro de 1989). A alteração da Lei do Divórcio decorreu do texto da Constituição de 1988: “Art. 226 [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Apesar da sintonia entre os prazos, pode-se sustentar que o art. 1.830 possui autonomia, não tendo perdido necessária e automaticamente sua eficácia em virtude da Emenda Constitucional 66. Afinal, ainda que sua definição tenha sido espelhada no texto constitucional então vigente, pode-se encará-lo como fundado em outros motivos legítimos, como, por exemplo, evitar que a abrupta e inesperada separação deixasse o viúvo desamparado.

⁵²⁸ OLIVEIRA, Euclides de. Os 7 pecados capitais do novo direito sucessório. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. Acrescenta o autor, referindo-se à situação anterior à Emenda n.º 66: “Mais avulta o absurdo da situação criada pelo legislador quando se sabe que a separação de fato prescinde da discussão de culpa nos processos de separação judicial pelo decurso do tempo (um ano), ou de divórcio (dois anos), pois constitui fato objetivo por si só suficiente ao reconhecimento da falência da sociedade conjugal. A quem caberia provar que a separação de fato se deu por culpa do cônjuge sobrevivente? Não a este, certamente, pois basta que se habilite como viúvo, comprovando o casamento com o autor da herança. Aos terceiros interessados, então, que seriam os herdeiros em concorrência – descendentes, ascendentes, ou os colaterais, como também eventual ex-companheiro do falecido –, é que pesaria o encargo de provar que a ruptura da vida conjugal se deu por culpa do cônjuge, mediante a exibição de documentos hábeis ou por meio de ação própria”. (Ibidem, p. 52-53).

culpado exclusivo pela ruptura da vida em comum”.⁵²⁹

Deveras, em muitos casos nem há propriamente um culpado pela separação, que pode ter ocorrido naturalmente e de comum acordo entre o casal. Em sendo assim, ambos poderiam ser considerados inocentes. Portanto, não se pode dizer que sempre teria de ser discutida a culpa do morto, provando-se que o falecido fora “o culpado” pela separação.⁵³⁰

A presunção de inocência do supérstite, todavia, poderia ser afastada pelo herdeiro que eventualmente se sentisse prejudicado. Neste caso, caberia a ele o ônus da prova da culpa do sobrevivente.⁵³¹

Melhor ainda seria que nem se falasse em culpa. Poder-se-ia averiguar simplesmente se a separação de fato ocorreu por vontade ou não do cônjuge viúvo. Em caso afirmativo, ele deixaria de ser herdeiro. Assim, a princípio não se teria que discutir a culpa de ninguém para que o supérstite recebesse a herança.

Debaixo desse raciocínio, o cônjuge separado de fato poderia continuar sendo herdeiro. Se o casal não quiser que seja assim, que se divorcie, até porque não há hoje maiores dificuldades para a obtenção do divórcio.

Enquanto se aguarda a formação de uma jurisprudência, ou quiçá uma alteração legislativa, há uma série de possíveis entendimentos acerca da atual aplicação do artigo 1.830, quanto aos efeitos da separação de fato, conforme sintetizados no quadro abaixo:

⁵²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**, p. 183.

⁵³⁰ Nesse sentido, argumenta Giselda Hironaka: “Este pressuposto de não-culpa não quer significar, todavia, que o morto tenha sido, obrigatoriamente, o culpado exclusivo pela ruptura da vida em comum, nem mesmo que tenha havido culpa.”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da Ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/191-artigos-ago-2008/5850-da-ordem-de-vocacao-hereditaria-nos-direitos-brasileiro-e-italiano->>. Acesso em: 17 dez. 2012).

⁵³¹ A despeito das opiniões manifestadas por alguns autores, a possibilidade de discussão da culpa permanece em nosso sistema legal mesmo após a Emenda Constitucional n.º 66. A nova modalidade de usucapião prevista pelo artigo 1.240-A do Código Civil (incluído pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011) é um exemplo disso. Por mais que seja ruim, a discussão da culpa ainda é, às vezes, necessária.

O CÔNJUGE HERDA APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO?	ENTENDIMENTOS POSSÍVEIS SOBRE A VIGÊNCIA DO ART. 1.830	QUESTÕES CONTROVERTIDAS
Sim, sempre.	O artigo continua em plena vigência, permitindo a sucessão até dois anos da separação de fato, ou mesmo além disso, se provado que o viúvo não teve culpa.	- Qual a razão para a manutenção do direito sucessório durante período tão longo de separação?
Talvez. Pode herdar, desde que não tenha sido culpado.	O artigo continua parcialmente em vigor, mas só para permitir a sucessão do ex-cônjuge inocente, pois o prazo de dois anos teria sido afastado em decorrência da EC 66/2010.	- É jurídica e eticamente possível discutir a culpa de alguém após sua morte?
Talvez. Só herda pelo prazo de dois anos.	O artigo continua em vigor quanto ao prazo de dois anos, mas a discussão da culpa <i>post mortem</i> seria inconstitucional.	- Como justificar o prazo de dois anos para que o ex-cônjuge continue tendo direito à herança?
Não, nunca.	O artigo continua apenas parcialmente em vigor, devendo ser interpretado no sentido de que qualquer modalidade de separação, de direito ou de fato, e independentemente de prazo ou causa, põe fim ao direito sucessório entre cônjuges.	- Como proteger o cônjuge inocente que foi abandonado recentemente pelo falecido?

Cada um desses posicionamentos, como se vê, possui suas próprias desvantagens. Seja como for, parece-nos precipitada a conclusão de que a mera separação de fato, por si só, sempre afastaria o cônjuge da herança, até porque pode haver casos em que a separação seja recente e provocada apenas pelo falecido. Não nos parece justo, por exemplo, que um cônjuge que acaba de ser abandonado pelo outro seja afastado da sucessão. Por outro lado, não há sentido na manutenção do direito sucessório se demonstrado que a separação era irreversível, consolidada e, principalmente, resultante da vontade do próprio viúvo.

Obviamente, caberá ao magistrado analisar cuidadosamente cada caso concreto e considerar todos os fatores envolvidos antes do tomar uma decisão, a fim de se evitarem maiores injustiças decorrentes de um dispositivo de difícil interpretação.

Por fim, superadas as celeumas relativas ao viúvo separado de fato, do há que se salientar que o artigo 1.831 dispõe que ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o

direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar — assunto que será considerado a seguir.

4.3.2 Direito Real de Habitação

O Código Civil de 1916, em seu artigo 1.611, § 2.º, assegurava ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, sem prejuízo da participação que lhe cabia na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.831, estendeu esse direito aos cônjuges casados em qualquer regime.⁵³² Antes disso, porém, a Lei n.º 9.278/1996 já havia conferido direito equivalente aos conviventes em união estável, independentemente das regras patrimoniais adotadas. Com base nisso, passou a entender a doutrina que tal direito também deveria ser aplicado aos cônjuges, que não poderiam ficar em uma situação desfavorecida, em relação aos companheiros. O mesmo decidiram os tribunais, ou seja, que, no caso do cônjuge, também não poderia ser mais exigido o regime da comunhão universal para que tivesse direito a tal benefício.⁵³³ Caso contrário, haveria mais vantagem em se viver sob união estável, o que afrontaria o comando constitucional inserto no § 3.º

⁵³² Estabelece o artigo 1.831 do Código Civil: “Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

⁵³³ Inventário – Usufruto vidual – Meação nos aqüestos – Direito Inexistente – Irrelevância do casamento haver sido contraído sob o regime da comunhão parcial – Inteligência do art. 1.611, § 1º, do Inventário – Direito real de habitação – Extensão à viúva-meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão de bens, do direito conferido à ex-convivente pelo art. 7º da Lei 9.278/96 – imperiosidade da proteção igualitária à entidade familiar, seja constituída pelo casamento, seja pela união estável – Recurso parcialmente provido para esse fim. (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0031354-15.2001.8.26.0000, Relator Waldemar Nogueira Filho, 3ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 19/02/2002, Data de registro: 13/03/2002). No mesmo sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – Inventário – Sucessão em Geral – Direito Intertemporal – A sucessão e a legitimação para suceder devem ser reguladas pela lei vigente ao tempo da abertura daquela – Inteligência dos artigos 1.577 do CC/1916 e 1.787 c/c 2.041 do vigente Estatuto Civil. Sucessão aberta na vigência do Código Civil de 1916. [...] Direito Real de Habitação – Possibilidade de extensão à viúva-meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão de bens. Homenagem ao princípio constitucional da igualdade na proteção da entidade familiar, seja constituída pelo casamento, seja pela união estável. Recurso parcialmente provido para esse fim. (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0119020-10.2008.8.26.0000, Relator Egidio Giacoia, comarca de Tupã, 3.ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 27/05/2008, Data de registro: 04/06/2008).

do artigo 226, de que a lei deveria “facilitar sua conversão em casamento”.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça ratificou esse entendimento, reconhecendo o direito real de habitação do cônjuge em sucessão aberta na vigência do diploma anterior.⁵³⁴ Com base em interpretação mais abrangente, pela qual a Lei n.º 9.278 teria anulado, a partir da sua entrada em vigor, o artigo 1.611 do Código Civil de 1916 e, portanto, neutralizado o posicionamento restritivo contido na expressão “casados sob o regime da comunhão universal de bens”, o ministro Sidnei Beneti votou pelo não provimento do recurso especial interposto pelas quatro herdeiras.

Outra questão que tem gerado polêmica diz respeito à necessidade ou não da permanência no estado de viuvez. No Código Civil de 1916, o direito real de habitação dependia disso: “Art. 1.611. [...] § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, **enquanto viver e permanecer viúvo** será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação [...]”.

O Código de 2002, ao contrário, não mais contém determinação expressa de que o cônjuge permaneça viúvo. Todavia, há quem entenda que, não obstante “a omissão do citado dispositivo, esse benefício, numa interpretação teleológica, perdurará enquanto o cônjuge sobrevivente permanecer viúvo e não viver em união estável”.⁵³⁵

Por outro lado, pode-se considerar que “a intenção manifesta do legislador – via direito real de habitação – não é punir, ou suprimir direitos do cônjuge sobrevivente (como ocorria anteriormente, fazendo depender o benefício da manutenção da viuvez), mas, sim,

⁵³⁴ “DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. 4.- Recurso Especial improvido”. (REsp 821.660/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011).

⁵³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões, p. 185. De modo semelhante, expressa Mauro Antonini: “Aparentemente, houve cochilo ao não se incluir limitação desse direito à duração da viuvez, tanto que o Projeto de Lei n. 276/2007 (reapresentação do PL n. 6.960/2002) propõe restabelecê-la”. (ANTONINI, Mauro. Arts. 1.784 a 2.027 – sucessões. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência, p. 2238).

proteger os membros da família”.⁵³⁶

O Tribunal de Justiça de São Paulo, nesse sentido, já decidiu que não é necessário que o cônjuge permaneça viúvo:

ARROLAMENTO. Direito real de habitação. Cônjuge sobrevivente. Direito estendido a todos os regimes de bens e que não está condicionado ao estado de viuvez do beneficiário. Art. 1831, do Código Civil. Irrelevância, ainda, a existência de outros bens a arrolar. Desobrigatoriedade de pagamento de aluguel à herdeira. Inteligência art. 1.415, do Código Civil. Agravo desprovido.⁵³⁷

Como se percebe, a decisão acima também considerou irrelevante a existência de outros bens no acervo hereditário. Esta é, portanto, a última dúvida que precisa ser esclarecida referente ao direito real de habitação: é correta a exigência legal de que só exista um imóvel? A Corte paulista entendeu que não, posicionamento que se harmoniza com as ponderações de José Luiz Gavião de Almeida:

Manteve o legislador esse requisito sem pensar nas consequências que dele podem decorrer. Quando o amparo era apenas aos casados pelo regime da comunhão universal de bens, a exigência não abalava o direito que se pretendia dar ao cônjuge sobrevivente. Se outros imóveis residenciais existiam, poderia o supérstite ser obrigado a deixar o lar conjugal, mas por possuir ele outro imóvel para abrigar-se, não ficava ao completo desamparo. [...] Agora o direito estende-se também ao casado por regime de bens diverso do da comunhão universal. Isso significa que a herança pode contar com inúmeros imóveis residenciais, embora nenhum deles venha a ser transmitido ao sobrevivente. Nesse caso, não

⁵³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027), p. 291. Embora, a princípio, concordemos com o autor, é preciso não nos esquecermos que a proteção aos membros da família pode não ser plenamente efetivada nos casos em que o único imóvel do falecido, destinado aos filhos, servirá de moradia para o viúvo e seu novo consorte, os quais nenhuma relação possuem com os descendentes do autor da herança. A propósito, preleciona Francisco Eduardo Loureiro: “Logo passou o viúvo a dispor de direito real vitalício sobre a residência do casal, podendo, inclusive, nela habitar com o novo cônjuge, o que em alguns casos gerará situações curiosas, especialmente quando os filhos do primeiro leito não mais morarem com o genitor sobrevivente, fazendo nascer conflito entre os interesses da família e do supérstite”. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 1.196 a 1.510. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 1504).

⁵³⁷ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 83034-95.2011.8.26.0000; Relator: Luiz Antonio de Godoy; Comarca: Franca; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/03/2012; Data de registro: 20/03/2012. Entretanto, o direito real de habitação do viúvo que constituiu nova família não se estende ao seu novo consorte: “Agravo de Instrumento. Inventário. Direito real de habitação que tem fundamento no dever de mútua assistência entre os cônjuges. Direito real de habitação do cônjuge sobrevivente que não se transfere ao novo consorte. Direito de habitação reconhecido em favor do novo cônjuge supérstite em relação ao imóvel em que vivia o casal e do qual o finado era co-proprietário. Indivisibilidade do direito de habitação que prevalece sobre a divisibilidade do direito de propriedade. Recurso desprovido.” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0135905-94.2011.8.26.0000; Relator: Pedro Baccarat ; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 07/03/2012; Data de registro: 12/03/2012).

terá ele direito a qualquer bem da herança, e ainda ficará privado de residir no imóvel que habitava com o falecido e sua família.⁵³⁸

Diante disso, e com maior razão (ao contrário do que erroneamente exigiu o legislador), a existência de mais de um imóvel deve garantir o direito real de habitação ao cônjuge supérstite, se preciso for para protegê-lo. Isso só não deverá ocorrer se, havendo vários imóveis, o viúvo ficar com a propriedade de um deles. Se, porém, apesar da existência de mais de um imóvel, o cônjuge não tiver direito a nenhum deles como herança, deverá ser protegido pelo direito real de habitação. Esse posicionamento vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa (CF, art. 1.º, III), de modo a se garantir ao viúvo o direito de moradia (CF, art. 6.º, *caput*).⁵³⁹

O direito real de habitação do cônjuge supérstite decorre de previsão legal, independentemente da vontade das partes e dispensando o registro imobiliário (art. 167, I, 7, da Lei n.º 6.015/1977 – Lei de Registros Públicos).⁵⁴⁰

Não precisando exercer o direito real de habitação, contudo, pode o cônjuge renunciá-lo. Na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal aprovou-se o Enunciado 271, com a seguinte redação: “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”.⁵⁴¹

Por derradeiro, considerado o direito real de habitação do cônjuge, cumpre-nos indagar se igual direito cabe ao companheiro, visto que o Código Civil de 2002 não contém

⁵³⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões (artigos 1.784 a 1.856), p. 219-220.

⁵³⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião; LIGIERA, Wilson Ricardo. A Dignidade do cônjuge supérstite e as polêmicas em torno da sucessão. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**, p. 536.

⁵⁴⁰ “Embargos de terceiro. Direito real de habitação. Art. 1.611, § 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. 1. 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. 2. O direito real de habitação não exige o registro imobiliário. 3. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, REsp 565.820/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2004, DJ 14/03/2005, p. 323).

⁵⁴¹ III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias 1.º a 3 de dezembro de 2004, em Brasília. Flávio Tartuce critica o enunciado em questão, por entender que ele permitiria renúncia a um direito fundamental. (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito das sucessões, p. 226 e ss.). Embora concordemos que se trata de um direito fundamental, não visualizamos problema em se renunciar àquilo de que não se precisa, nem se deseja. Venosa admite a possibilidade de renúncia, ressaltando apenas que ela “deve ser expressa, pois se trata de direito hereditário, não se admitindo renúncia tácita”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. São Paulo: Atlas, 2011. v. V, p. 511).

previsão nesse sentido.

Havendo a equiparação dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, este teria, obviamente, direito real de habitação, como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo.⁵⁴²

Por outro lado, mesmo que não haja essa equiparação, é possível atribuir ao companheiro o direito real de habitação, entendendo-se que o artigo 7.º da Lei n.º 9.278/96 continua em vigor.⁵⁴³

Portanto, a fim de evitar tais injustiças, e considerando-se que o Código de 2002 não regulou inteiramente a matéria, que, ademais, era tratada por lei especial, sustentamos a revogação parcial da Lei n.º 9.278/96, mantendo-se o direito real de habitação em favor do companheiro. Ou, então, caso se entenda que as leis anteriores, que tratavam da união estável, foram inteiramente revogadas, temos que reconhecer que ao companheiro deve ser garantido o direito real de habitação, numa interpretação do novo Código em harmonia com a Constituição Federal.

Entendimento semelhante foi adotado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, com a elaboração do Enunciado 117: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por

⁵⁴² “Arbitramento de aluguel. Imóvel anteriormente pertencente ao convivente falecido. Companheira sobrevivente tem o direito real de habitação, adotando-se a interpretação que a equipara ao cônjuge, não obstante a polêmica existente quanto à matéria. Disposição constitucional que determina a isonomia entre união estável e casamento. Entendimento jurisprudencial e doutrinário tem admitido a equiparação. Improcedência da ação deve sobressair. Apelo desprovido”. (TJSP, Apelação n.º 0002036-90.2010.8.26.0187, Relator Natan Zelinski de Arruda, Comarca de Fartura, 4.ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 01/03/2012, Data de registro: 03/03/2012).

⁵⁴³ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “REINTEGRAÇÃO DE POSSE – DIREITO REAL DE HABITAÇÃO PARA COMPANHEIRA – Direito real de habitação decorrente de união estável – Art. 7º da Lei 9.278/96 não revogado pelo Código Civil – Constituição Federal ao equiparar a união estável ao casamento, autoriza que se aplique a convivente viúva a regra do art. 1.831 do Código Civil – BENS MÓVEIS existentes no imóvel – Inteligência do art. 1.209 do Código Civil – RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP, Apelação n.º 0021300-16.2009.8.26.0224, Relator Afonso Bráz, Comarca de Guarulhos, 17.ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 24/10/2012, Data de registro: 14/11/2012). No mesmo diapasão, registre-se também decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CC. Direito real de habitação que deve ser deferido com base parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96. Direito da companheira à participação na herança dos bens do *de cujus* adquiridos na constância da união estável que se rege pelo inciso II do artigo 1.790 do CC, considerando que o falecido possuía descendente de casamento anterior. Participação da companheira nas cotas sociais da empresa do falecido, bem como na valorização destas cotas, assim como a questão relativa à exclusão de imóvel do rol de bens do inventário que devem ser discutidas em ação própria. Agravo de instrumento parcialmente provido”. (TJRS, Agravo de Instrumento n.º 70043933357, Igrejinha, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga, Julg. 19/10/2011, DJERS 25/10/2011).

não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88”.⁵⁴⁴

4.4 CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES

De todas as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, a que sem dúvida tem despertado maior polêmica é a do inciso I do artigo 1.829, que incluiu o cônjuge entre os herdeiros de primeira classe, ao lado dos descendentes. Entretanto, o que parece ser a regra, na prática pode constituir uma exceção. Afinal, em muitos dos casos o cônjuge não herdará junto com os descendentes. Tudo dependerá do regime de bens. Se não, vejamos.

Após estabelecer a regra segundo a qual o cônjuge sobrevivente concorre à sucessão do *de cujus*, o Código tratou das exceções. Ou seja, declarou que o cônjuge **não concorre** nos seguintes casos:

- a) se casado com o falecido no regime da comunhão universal;
- b) se casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens;
- c) se casado pelo regime da comunhão parcial, sem ter o falecido deixado bens particulares.

Partindo dessas situações em que o cônjuge não concorre, podemos chegar, por meio de uma interpretação *a contrario sensu*, às seguintes hipóteses em que ele **concorrerá**:

- a) se casado pelo regime da comunhão parcial, tendo o falecido deixado bens particulares;
- b) se casado pelo regime da separação convencional de bens;
- c) se casado pelo regime de participação final nos aquestos.⁵⁴⁵

Poder-se-ia indagar o que levou o legislador, no inciso I do artigo 1.829, a

⁵⁴⁴ I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, em Brasília – DF.

⁵⁴⁵ Por ausência de qualquer menção no artigo 1.829, pode-se concluir que o cônjuge também concorreria se casado pelo antigo regime dotal, previsto no Código Civil de 1916.

condicionar a sucessão do cônjuge a determinados regimes ou situações. Depreende-se, da análise minuciosa desse dispositivo, que o legislador teve em mente duas diretrizes básicas ao redigi-lo:

- 1) **dar prioridade aos descendentes:** fez isso por evitar, sempre que possível, que eles tivessem que repartir a herança com o cônjuge;
- 2) **não deixar o cônjuge desamparado:** fez isso por permitir que ele herdasse juntamente com os descendentes quando não tivesse a meação de todos os bens da herança.

Tendo esses dois paradigmas em mente, o legislador afastou o cônjuge da sucessão naqueles regimes em que o viúvo já tivesse direito à meação dos bens do falecido. De fato, a ideia do legislador, como já expusemos anteriormente, sempre foi permitir a concorrência com os descendentes em situações excepcionais, em que o viúvo pudesse ficar à mercê de sua própria sorte. Por isso, procurou redigir o inciso de modo que o direito sucessório do cônjuge estivesse limitado aos casos em que ele já não tivesse a metade dos bens em decorrência da comunicação patrimonial estabelecida pelo regime adotado.

A ideia singela, mas bastante justa e coerente, foi a seguinte: daquilo que o cônjuge já tiver direito a meação, não terá herança; daquilo que não tiver, será herdeiro. Por isso, o supérstite herdará no regime de separação convencional, no regime da comunhão parcial com bens particulares e no regime da participação final nos aquestos.

Feitos esses breves — mas fundamentais — esclarecimentos, podemos nos voltar para a análise de cada regime, para descobrirmos os casos em que o cônjuge será herdeiro. Em harmonia com o que expusemos acima, na sucessão com os descendentes, o direito do cônjuge sofre uma série de limitações, associadas aos regimes de bens. Para maior clareza e compreensão da matéria, analisemos cada um dos regimes separadamente, a fim de verificarmos quando e do quê o cônjuge herda.

4.4.1 Concorrência no Regime da Comunhão Parcial de Bens

No regime da comunhão parcial, a concorrência do cônjuge com os descendentes

dependerá da existência de bens particulares do *de cujus*. Nesse caso, o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação apenas sobre o patrimônio comum, e a concorrência da herança apenas sobre os bens particulares.

Não é este, todavia, o entendimento de Maria Helena Diniz, para quem o cônjuge supérstite, havendo bens particulares do *de cujus*, deverá concorrer não apenas a estes bens, mas a toda a herança. A existência de tais bens, segundo a autora, “é mera condição legal para que o viúvo, casado sob o regime de comunhão parcial, tenha capacidade para herdar”.⁵⁴⁶

A despeito das justificativas apresentadas pela autora, não se pode aceitar seu ponto de vista. Afinal, o cônjuge não precisa ser herdeiro daquilo que já é dono. Ou seja, se os bens comuns a ele também pertenciam, e se dos quais retirará sua meação em decorrência da dissolução do vínculo conjugal, não deve herdar esses mesmos bens. Ademais, caso isso ocorresse, estaria sendo o cônjuge extremamente privilegiado em detrimento dos descendentes. Merecem ser registradas, por oportunas, as ponderações de José Luiz Gavião de Almeida:

A questão é mais complexa. Quando inexistem bens particulares, na prática o regime patrimonial é o da comunhão universal. Se já recolheu o supérstite, a meação, não tem necessidade de aumentar seu patrimônio com o recebimento de herança que reduz a quota dos demais herdeiros descendentes.

Uma interpretação a contrário senso poderia levar a equívoco. Assim, havendo bens particulares o cônjuge sobrevivente participa da sucessão concorrente. Mas, como não fez o legislador diferenciação em relação a quais bens o direito alcança, poder-se-ia imaginar que a quota parte se calculará sobre toda a herança. Mas assim não se pode entender.

A regra é que o cônjuge sobrevivente recolha na existência de bens particulares. Mas, por óbvio, tem sucessão concorrente apenas em relação a esses bens particulares, não aos comuns, pois desses já retirou sua meação. Não se concebe que viesse participar duas vezes do mesmo acervo patrimonial, mesmo porque seria ilógico que isso se desse se o legislador estabeleceu que ele nada levaria se o regime fosse o da comunhão, ou da comunhão parcial em que exclusivamente existissem bens comuns.⁵⁴⁷

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

⁵⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6, p. 118.

⁵⁴⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões** (artigos 1.784 a 1.856), p. 226-227.

CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHA DO FALECIDO. CONCORRÊNCIA. CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BENS PARTICULARES. CÓDIGO CIVIL, ART. 1829, INC. I. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. 1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido. Interpretação do art. 1829, inc. I, do Código Civil. 2. Tendo em vista as circunstâncias da causa, restaura-se a decisão que determinou a partilha, entre o cônjuge sobrevivente e a descendente, apenas dos bens particulares do falecido. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.⁵⁴⁸

No acórdão, todavia, equivocou-se o relator ao expressar: “Os bens particulares, ao contrário, podem ser objeto de concorrência, mas de forma condicionada à inexistência de patrimônio comum do casal.” (fls. 23). Definitivamente, não é isso o que declara o texto da lei. O artigo 1.829, inciso I, *in fine*, enuncia que o cônjuge não concorrerá “se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”, do que se depreende que o único requisito para a concorrência é a existência de bens particulares (e não a inexistência de bens comuns).

Com a necessária vênia, é preciso que se aponte que, ao procurar estabelecer novas correntes doutrinárias (as quais, vale dizer, nem se aplicavam ao caso concreto *sub judice*), o insigne relator faria com que o colendo Superior Tribunal de Justiça exorbitasse de seu papel unificador do direito federal, deixando de manter a integridade do sistema normativo. Com efeito, a criação de norma contrária àquela claramente contida no ordenamento jurídico positivo provoca indescritível insegurança jurídica à população brasileira, gerando temor e instabilidade social.

Considerando-se a razão pela qual o cônjuge foi elevado à primeira classe sucessória, percebe-se que ele deve herdar daquilo que não tiver a meação. Embora a sucessão do viúvo esteja atrelada ao regime de bens, há que se entender que isso se dá de modo inverso à comunhão patrimonial resultante do matrimônio. Não se trata de conferir a um dos cônjuges, após a morte do outro, aquilo que em vida não se pretendeu. Significa, antes, complementar a proteção patrimonial decorrente do regime de bens, permitindo que o supérstite herde daquilo que não amealhou. Não haveria sentido em se concluir, por exemplo, que o cônjuge não deveria herdar parte dos vultosos bens particulares, adquiridos

⁵⁴⁸ STJ, REsp 974.241/DF, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 05/10/2011.

antes do casamento, porque já teria a meação de patrimônio ínfimo adquirido na constância da sociedade conjugal. Esse raciocínio resultaria em decisões discrepantes e contraditórias.

Um exemplo facilitará a compreensão. Suponhamos que o falecido, tendo um filho do casamento anterior, deixe quatro milhões de reais em bens particulares e quatro mil reais em bens comuns. Imaginemos, porém, que esses bens comuns tenham sido adquiridos pela esposa supérstite. Ora, pelo fato de que esta trabalhou e conseguiu economizar os quatro mil reais, deixará metade dessa quantia ao descendente do falecido, mas não terá direito aos seus bens particulares. Se ela, ao contrário, não tivesse trabalhado e nem poupado, simplesmente não haveria bens comuns e, nesse caso, teria direito aos dois milhões de reais, como herança. Obviamente, tal solução seria iníqua, absurda e antijurídica.

Por outro lado, há que se salientar que se o falecido não tinha bens particulares, isso significa que todo o patrimônio do casal era comum, de modo que o consorte sobrevivente não será herdeiro, haja vista que tem assegurada a sua meação.

4.4.2 Concorrência no Regime da Comunhão Universal de Bens

No regime da comunhão universal, decidiu o legislador que o cônjuge não concorreria com os descendentes, somente sendo herdeiro na ausência destes e dos ascendentes. Débora Gozzo explica com clareza por que o legislador não permitiu que houvesse concorrência do cônjuge no regime ora analisado:

Porque já sendo o cônjuge meeiro, se ele ainda tivesse sido contemplado pelo ordenamento com algum direito, mínimo que fosse, sobre os bens deixados pelo falecido, acabaria sendo mais privilegiado do que os descendentes. Uma coisa é amparar-se o cônjuge supérstite, o que é feito pela meação que resulta do regime patrimonial. Outra é garantir-lhe mais do que aos descendentes do autor da herança.⁵⁴⁹

Uma situação não levada em conta pelo legislador, contudo, pode gerar graves

⁵⁴⁹ GOZZO, Débora. Nova ordem da vocação hereditária. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel (Coord.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77.

injustiças. Imagine-se que, embora o casamento tenha se dado pelo regime da comunhão universal, todo o patrimônio do casal esteja em nome do marido, pois resultante de bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade. Conforme explica Carlos Alberto Dabus Maluf, trata-se da “disposição pela qual o testador estabelece que a legítima do herdeiro necessário, qualquer que seja o regime de bens estipulado, não entrará na comunhão em virtude de matrimônio”.⁵⁵⁰

Como revela o autor, a cláusula é importante para evitar que os bens sejam dilapidados por uma pessoa irresponsável, “mais interessada na fortuna do que no amor, e por meio de alguns ardis e manobras, essa pessoa irá conseguir com o casamento grandes vantagens patrimoniais, vantagens estas que serão, logicamente, bastante restritas pela cláusula de incomunicabilidade”.⁵⁵¹

Apesar das reconhecidas vantagens da cláusula na preservação do patrimônio durante o casamento e também na sua eventual dissolução pelo divórcio, a restrição pode chegar a gerar algumas injustiças em outros casos, como aqueles em que o cônjuge permanece fielmente ao lado de quem recebeu uma grande fortuna, ajudando a conservar o patrimônio, até a sua morte. Nessa situação, o supérstite poderia sofrer graves prejuízos, decorrentes da incomunicabilidade dos bens recebidos pelo seu consorte por doação ou herança.

Tais bens, assim como os sub-rogados em seu lugar, são excluídos da comunhão, nos termos do artigo 1.668, I, do Código Civil. Destarte, no exemplo sugerido anteriormente, em caso de falecimento do marido, tivesse ele filhos, a esposa não receberia absolutamente nada: da herança, pois não tem direito a concorrer com os descendentes; da meação, pois não há bens comuns.

Diante disso, expressou Zeno Veloso que, no “regime da comunhão universal, em que o falecido possuía apenas bens particulares, devia ter previsto o legislador a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, com relação aos bens particulares”.⁵⁵² Isso manteria a coerência e a harmonia do sistema, quando, embora se tratando de regimes diversos, as situações fossem idênticas, no que diz respeito à formação

⁵⁵⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 52.

⁵⁵¹ Ibidem, p. 53.

⁵⁵² VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 48.

de patrimônio próprio ou comum.

Levando-se em consideração situações como essa, em que o cônjuge supérstite poderia ser prejudicado, parece-nos apropriada a interpretação sugerida por José Luiz Gavião de Almeida, para quem o dispositivo deve ser entendido no sentido de que ficará ele privado da sucessão concorrente se houver patrimônio comum. Não o havendo, cabe-lhe quota na sucessão dos bens particulares do falecido. Justifica o autor:

Assim não se entendesse, o dispositivo não guardaria coerência lógica com a solução dada para o caso de ser o casamento celebrado pelo regime da comunhão parcial de bens. Aqui, exclui-se o cônjuge sobrevivente da sucessão concorrente quando não deixou o falecido bens particulares. Se o sobrevivente participa da partilha dos bens particulares na comunhão parcial, não se justifica diverso tratamento na comunhão universal que só tenha bens particulares.⁵⁵³

A interpretação é bastante lógica e se coaduna com a sistemática do Código. Afinal, observa-se nas inovações trazidas pelo legislador a intenção de proteger o cônjuge sobrevivente naquelas situações em que ele ficaria desamparado, de modo que, mesmo no regime da comunhão universal, deve ter o cônjuge o direito de concorrer com os descendentes à herança do *de cujus* naquelas hipóteses em que todo o patrimônio pertença a este.

Indo um pouco mais além, propusemos que, no regime da comunhão universal, o cônjuge deveria herdar sempre que houvesse bens particulares, e não apenas quando não houvesse bens comuns: “Deve-se entender, portanto, que no regime da comunhão universal o cônjuge não herdará juntamente com os descendentes se tiver a meação de todo o patrimônio. Caso contrário, herdará dos bens sobre os quais não incidir o direito de meação”.⁵⁵⁴

Maria Berenice Dias afirmou que essa solução, defendida pela doutrina, “se parece justa, não tem respaldo legal”.⁵⁵⁵ Na realidade, porém, o amparo da lei está presente no artigo 1.829, inciso I, *in fine*, ao declarar que o cônjuge somente não herda se “o autor da herança não houver deixado bens particulares”. *A contrario sensu*, havendo bens

⁵⁵³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões** (artigos 1.784 a 1.856), p. 224.

⁵⁵⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião; LIGIERA; Wilson Ricardo. A Dignidade do cônjuge supérstite e as polêmicas em torno da sucessão. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 535-536.

⁵⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 155.

particulares, o cônjuge herdará dessa parte do patrimônio. Conquanto a restrição pareça referir-se apenas ao regime da comunhão parcial de bens, há que se interpretá-la como abrangendo todas as situações que produzam esse mesmo resultado prático, de fazer incidir a comunicação sobre apenas parte do patrimônio.

Mais adequado, portanto, é evitar-se uma interpretação literal, buscando-se uma hermenêutica mais consentânea com o sistema adotado pelo Código, de não deixar o cônjuge à mercê de sua própria sorte. A própria autora, citada no parágrafo *supra*, reconhece que é possível vislumbrar a intenção do legislador, de não conceder herança ao cônjuge quando ele recebesse “a metade de **todo** o acervo hereditário”.⁵⁵⁶ Por outro lado, quando o viúvo não recebesse a meação da totalidade da herança, deveria herdar dos bens particulares do falecido.

Merecem ser lembrados os ensinamentos de Carlos Maximiliano de que a letra da lei não traduz a ideia, na sua integridade, mas provoca “o abrolhar de um produto intelectual **semelhante**, jamais idêntico, ao que a fórmula é chamada a exprimir”, motivo pelo qual “a todos se antolha deficiente, precária, a exegese puramente verbal”. Diante disso, cabe ao aplicador do direito “desdobrar as ideias consubstanciadas no bloco” e, fugindo do exclusivo apego aos vocábulos, levar em consideração “os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivadas”.⁵⁵⁷ Quanto à importância do elemento teleológico, revela o autor:

Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíram a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical.

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou **finalística**; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, **teleológica**. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que

⁵⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, p. 155, (grifo nosso). Explica a autora: “Até se consegue vislumbrar a intenção do legislador: a meação garante que o viúvo não fique ao desamparo, e deferir-lhe mais o direito de concorrência seria beneficiamento excessivo. Como a totalidade da herança pertence ao casal, recebe o cônjuge supérstite, a título de meação, a metade de todo o acervo hereditário”.

⁵⁵⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 117-119.

melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida. (grifo do autor).⁵⁵⁸

Diante disso, por meio de uma interpretação teleológica, deve-se buscar atingir esse espírito da lei, bem como os ideais de justiça e equidade, entregando-se ao supérstite uma parcela da herança, de modo que não fique na miséria, quando, embora casado no regime da comunhão universal, haja patrimônio próprio do falecido.

4.4.3 Concorrência no Regime da Participação Final nos Aquestos

Nada falou o legislador, no inciso I do artigo 1.829, sobre a não concorrência do cônjuge na hipótese do regime da participação final nos aquestos. Em sendo assim, não se pode excluí-lo da sucessão.

A dúvida que surge, nesse regime, é quanto ao objeto da herança atribuída ao cônjuge em concorrência com os descendentes. Como o cônjuge sobrevivente já terá direito a uma participação nos bens adquiridos onerosamente pelo falecido na constância do casamento, não é correto que, além dessa participação, venha também a concorrer como herdeiro sobre esses mesmos bens.

Imaginemos, por exemplo, que, ao se casar, o sujeito possuía um patrimônio de trezentos mil reais. Na constância do casamento, adquiriu onerosamente bens no valor de duzentos mil reais. A esposa, por outro lado, também adquiriu determinados bens durante o casamento, a título oneroso, no valor de cem mil reais.

Falecendo o marido, deixando a esposa e um filho, terá ela direito de ficar com cento e cinquenta mil reais em relação aos aquestos (vale dizer, metade da soma dos bens

⁵⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 151-152.

adquiridos onerosamente pelo casal na constância do casamento).⁵⁵⁹ Além disso, terá direito de receber, como herança, cento e cinquenta mil reais, provenientes do patrimônio particular do marido, em concorrência com o descendente, que receberá igual valor (art. 1.832 do Código Civil).

Em suma, o princípio deverá ser sempre o seguinte: o cônjuge só será herdeiro daquilo que não for meeiro. Por outro lado, dos bens que já tiver a meação, não poderá participar também como herdeiro.

Conforme considerado anteriormente, nesse regime não há que se falar, com propriedade, em patrimônio comum, mas divisão dos aquestos de um dos cônjuges que superarem o valor dos aquestos do outro. Apesar disso e não obstante as diferenças existentes entre “participação” e “comunhão”, dada a similaridade de tratamento e visando facilitar a compreensão do cálculo da herança, referimo-nos aos “bens particulares” em contraposição aos “bens comuns”, devendo serem estes entendidos como a parcela (chamada de meação) dos aquestos a que o cônjuge supérstite terá direito em decorrência do regime, e aqueles como a parcela (chamada de herança) do patrimônio do falecido a que o sobrevivente terá direito em virtude da sucessão.

4.4.4 Concorrência no Regime da Separação Legal de Bens

De acordo com a redação do artigo 1.829, I, do Código Civil, o cônjuge sobrevivente não concorre com os ascendentes se havia se casado com o *de cujus* pelo regime da separação obrigatória de bens.

De início, há que se observarem, pelo menos, duas incoerências no dispositivo a respeito desse regime. Em primeiro lugar, a menção ao artigo 1.640, parágrafo único,

⁵⁵⁹ O cálculo também pode ser feito da seguinte maneira: primeiro, verificamos quem adquiriu bens cujo valor tenha sido maior; desse valor, subtraímos o valor menor dos bens adquiridos pelo outro cônjuge; dividindo esse resultado por dois, obteremos o valor a que o cônjuge que adquiriu menos bens terá direito. No exemplo analisado, como o marido adquiriu duzentos mil e a esposa cem mil, subtraímos cem de duzentos, chegando ao valor de cem mil, do qual a esposa terá direito à metade (ou seja, cinquenta mil). Essa metade corresponde ao crédito de participação, devido pelo marido à mulher, em decorrência do regime. Sob essa ótica, na prática ela é que terá direito de participação nos aquestos do marido, por excederem o que ela adquiriu, a título oneroso, durante o casamento. Não importa o raciocínio utilizado, porém, em relação à herança do cônjuge, que incidirá apenas sobre os bens particulares.

parece estar equivocada, visto que este artigo trata da convenção do regime estabelecida em pacto antenupcial, enquanto que o artigo 1829, inciso I, refere-se expressamente ao regime da separação legal, e não convencional.⁵⁶⁰ Em segundo lugar, há que se questionar por que apenas no regime da separação legal o cônjuge deixaria de ser herdeiro concorrente, e não também no regime da separação convencional.⁵⁶¹

Quanto ao motivo da proibição, destaca Eduardo de Oliveira Leite que “a ressalva é correta e procedente, uma vez que, tratando-se de separação legal (imposta, pois, pela lei) não há que se fazer em concorrência”. E conclui o autor: “O que é vedado por lei não pode ser contornado pela própria lei e em manifesta contradição ao espírito da separação.”⁵⁶²

De fato, dar ao cônjuge a possibilidade da concorrência poderia desvirtuar não o regime imposto pela lei, mas, talvez, as razões de sua imposição. Isso é o que nos cumpre analisar.

Sendo a obrigatoriedade decorrente de violação das causas suspensivas do casamento, previstas no artigo 1.523 do Código Civil de 2002, sua natureza seria punitiva. Visando impor sanção a quem desrespeitasse impedimento matrimonial meramente impediente, assim considerado sob a égide do diploma de 1916, o legislador proibiu que os nubentes pudessem escolher o regime de bens de sua preferência, ou mesmo adotassem o regime da comunhão previsto supletivamente pela lei.

De acordo com o referido artigo 1.523 do Código em vigor, não devem casar, embora possam fazê-lo: I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido,

⁵⁶⁰ A remissão correta parece ser ao art. 1.641, que trata da separação legal de bens. O Projeto de Lei n.º 6.960/2002 do Deputado Ricardo Fiúza (atual Projeto de Lei n.º 276/2007) contém proposta de alteração nesse sentido. É digno de nota, porém, que o equívoco não ocorreu durante a tramitação do Projeto de Código Civil, ao se renumerarem os artigos. Na verdade, no texto original do Projeto 634/75, o art. 1.876, inciso I (atual art. 1.829, I) já fazia menção ao art. 1.695, parágrafo único (atual art. 1.640, p. u.), que previa a possibilidade de opção pelo regime da comunhão universal. O art. 1.696 (atual art. 1.641) nunca teve parágrafo único.

⁵⁶¹ A esse respeito, Miguel Reale escreveu: “A interpretação desse dispositivo isoladamente pode levar a uma conclusão errônea, devendo, porém, o intérprete situá-lo no contexto sistemático das regras pertinentes à questão que está sendo examinada. [...] A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão “separação obrigatória” aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641. [...] Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.828, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo ‘obrigatória’. Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, “se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens””. (REALE, Miguel. O Cônjuge no novo Código Civil. In: _____. **Estudos preliminares do Código Civil**, p. 61-63).

⁵⁶² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027), p. 220.

enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal⁵⁶³; III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; e IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Longe de apenas constituir uma sanção aos nubentes, porém, parece-nos que atualmente a obrigatoriedade do regime de separação dá-se muito mais para a proteção, deles ou de outras pessoas que pudessem ser afetadas pela comunhão de bens.

Assim é que, das três hipóteses previstas no artigo 1.641 do Código Civil atual, duas são claramente protetivas dos cônjuges, prevendo a separação de bens para quem se casa além (inciso II) ou aquém (inciso III) de determinada idade. Apenas uma poderia ser imposta por motivos sancionatórios, contra aqueles que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração. Mas a análise das causas suspensivas (CC, art. 1.523) também não parece demonstrar, nos dias hodiernos, a intenção de punir os cônjuges, mas apenas de proteger os herdeiros (inciso I), a prole eventual (inciso II), o ex-cônjuge (inciso III) e os incapazes sujeitos tutela ou curatela (inciso IV).⁵⁶⁴

Mesmo na vigência do Código anterior, em que se considerava a natureza punitiva da imposição, sentiu-se a necessidade de se amenizarem os rigores da separação absoluta no regime obrigatório, o que se deu por meio da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal,

⁵⁶³ O inciso II não se referia ao divórcio, pois, antes da Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010, a dissolução voluntária do vínculo matrimonial dependia de lapso temporal superior a dez meses, por previsão expressa da Constituição Federal: “Art. 226. [...] § 6.º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.” Com a entrada em vigor da Emenda n.º 66/2010, em 14 de julho de 2010, toda a parte final do dispositivo, referente aos prazos, restou suprimida. Diante disso, sendo possível o divórcio imediato, sem período prévio de separação, há que se estender a ele a causa suspensiva prevista no artigo 1.523, inciso II, do Código Civil.

⁵⁶⁴ No Código Civil de 1916, a natureza da imposição era claramente punitiva, tanto que disciplinada no capítulo que tratava das disposições penais do casamento, nos seguintes termos: “Art. 226. No casamento com infração do art. 183, n.ºs XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro. Parágrafo único. Considera-se culpado o tutor que não puder apresentar em seu favor a excusa da cláusula final do art. 183, n.º XV.” A punição, atualmente, parece estar restrita à instituição de hipoteca legal “aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior” (CC/02, art. 1.489, II). Mesmo nesse caso, porém, o intuito é mais protetivo do que punitivo. É digno de nota, por fim, que até a previsão da perda do usufruto legal dos bens dos filhos menores, contida no artigo 225 do CC/16, não encontra correspondente no diploma atual.

com o seguinte teor: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

A interpretação da súmula e a própria continuidade de sua vigência é tema dos mais controvertidos na doutrina e na jurisprudência.⁵⁶⁵ Para melhor compreender a correta aplicação da súmula, convém refletir, antes, acerca da sua origem, analisando as razões de sua criação.

Não há inteiro consenso nem sobre os reais motivos que levaram o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula 377, pois muitas razões têm sido invocadas. Primeiramente, há quem vislumbre na súmula a necessidade de se permitir a comunicação dos bens dos imigrantes italianos.⁵⁶⁶ Em segundo lugar, há quem sustente que a súmula visava evitar situações injustas de quem fora obrigado a se casar pelo regime de separação, considerando-se que o intuito protetivo, também presente na lei, acabou deixando de ser

⁵⁶⁵ O Superior Tribunal de Justiça continua a aplicar a Súmula 377 nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916: “[...] Conforme a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no STJ, no regime da separação legal de bens, comunicar-se-ão aqueles adquiridos na constância do casamento. Inteligência da súmula 377/STF. [...]” (STJ, AgRg no Ag 1119556/PR, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010). No mesmo sentido: “[...] A viúva foi casada com o *de cujus* por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. [...] Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. [...]” (STJ, REsp 154.896/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 357).

⁵⁶⁶ Explica Nadia de Araujo: “Na época em que o tema era regido no Brasil pelo critério da nacionalidade, tivemos inúmeros casos de imigrantes, cuja lei aplicável era agora de um país distante de sua realidade pessoal (vieram já casados e obtiveram seu patrimônio aqui, embora o regime de bens continuasse sendo regido pela lei do país de origem, em face de sua imutabilidade.). Houve inúmeras situações injustas, em relação ao que determinava o sistema brasileiro, em especial com relação aos italianos (país cujo regime legal era o da separação). Em alguns casos, a viúva, após anos de convivência, ficava em situação de penúria no momento da morte do marido. Por isso os tribunais brasileiros desenvolveram interessante teoria acerca da comunhão dos aquestos, para os regimes de bens regidos por lei estrangeira, e para os casos da lei brasileira que previa a obrigatoriedade da separação de bens em algumas hipóteses, como a dos maiores de 60 anos. Os tribunais brasileiros deram uma interpretação mais elástica a esse conceito de separação de patrimônio, de forma a privilegiar o esforço comum, mesmo quando a lei aplicável fosse a estrangeira e dispusesse de forma diferente. Essas decisões atingiram somente aqueles bens situados no Brasil, em razão da competência exclusiva da justiça brasileira. O tema foi consolidado pelo STF, através da súmula 377, que dispôs serem comunicáveis os bens adquiridos na constância do casamento, apesar do regime legal ser o da separação”. (ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 481-482).

alcançado.⁵⁶⁷ Como terceiro motivo, invoca-se a necessidade da súmula para se evitar o locupletamento injustificado.⁵⁶⁸ Por fim, mas não em desarmonia com as razões precedentes, parece que a súmula visava estender o conteúdo do artigo 259 do Código Civil de 1916 ao regime de separação obrigatória.

Seja qual for intenção preponderante, temos de refletir se a vigência atual da súmula estaria atrelada à razão de sua origem⁵⁶⁹, ou se ela hoje em dia conquistou autonomia, justificando-se sua existência por si própria, em virtude dos benefícios que produz e dos malefícios que evita.

Inicialmente, é interessante observar que nem mesmo coautores de obras jurídicas têm conseguido chegar a um acordo sobre a vigência da Súmula 377 atualmente. A título de exemplo, podemos citar Flávio Tartuce e José Fernando Simão. O primeiro autor entende que “a súmula continua valendo e que haverá comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união”; o segundo sustenta “não ter mais aplicação a

⁵⁶⁷ Comenta Milton Paulo de Carvalho Filho: “A lei impõe, em alguns casos, o regime da separação de bens como obrigatório aos nubentes, seja por razões de ordem pública, seja por razões de proteção aos interessados. A imposição legal da aplicação do regime da separação de bens na legislação anterior foi temperada pela Súmula n.º 377 [...]. Contudo, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade social, do enriquecimento sem causa e da liberdade e da dignidade da pessoa humana, o entendimento sumulado permanece em vigor, devendo ser levado em consideração [...]”. (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de Carvalho. Arts. 1.511 a 1.783 – família. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 1.864).

⁵⁶⁸ Nesse sentido, expressa Zeno Veloso: “Minha concepção é de que a Súmula 377 permanece aplicável, mesmo diante do Código Civil de 2002, até porque está presente o seu principal fundamento: evitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges”. (VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 55).

⁵⁶⁹ Para Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, a Súmula 377 deixaria de vigorar: “Com o novo Código Civil, desaparece a celeuma sobre a comunicação dos aquestos no silêncio do contrato, uma vez que não se reproduziu a norma do artigo 259 do Código revogado. Não há mais fundamento jurídico para a jurisprudência cristalizada na comentada súmula do STF, tudo indicando venha a se considerar revogada pela nova sistemática do regime matrimonial de bens”. (AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática**. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 109). Em que pese à opinião abalizada dos autores, entendemos que, embora não exista no Código Civil de 2002 dispositivo correspondente ao artigo 259 do Código de 1916, os motivos que conduziram a ele ainda estão presentes. E o modo de salvaguardar esses interesses é fazer com que se admita a comunicação dos aquestos, quer por força da Súmula 377, quer pela aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa, uma vez presente o esforço comum na aquisição do patrimônio. Por isso, como sustenta Zeno Veloso, independentemente de estar a súmula em plena vigência, “está autorizado o interessado, até para evitar o enriquecimento sem causa (CC, art. 884), a recorrer ao Judiciário, por via autônoma, pleiteando seja reconhecido que o bem adquirido resultou do esforço comum, do trabalho conjunto, da economia de ambos, e que ocorreu, portanto, a comunicação desse bem”. (VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 58). Destarte, mesmo no regime da separação convencional, que pelo Código em vigor seria atualmente o da separação absoluta, é possível invocar a comunhão de certos bens. A diferença é que, nesse caso, o esforço comum terá de ser provado, haja vista que o propósito dos nubentes era a incomunicabilidade. Já no caso da separação obrigatória, o esforço comum se presume, podendo, todavia, ser afastado por prova contrária.

disposição”.⁵⁷⁰

José Fernando Simão aduz que a Súmula 377 não evita o enriquecimento sem causa, mas, contrariamente, o provoca. Como exemplo, cita o caso de um senhor de 90 anos que se casa com uma moça de 18 anos, pelo regime da separação obrigatória, em razão da idade, e depois de casado adquire uma casa e um carro. Segundo o autor, os bens são considerados aquestos em decorrência da súmula e a jovem terá automaticamente direito à meação, visto que não se exige a prova do esforço comum.

Deveras, a Súmula 377, em sua literalidade, não exige ao menos que a aquisição tenha sido a título oneroso. No entanto, parece-nos que essa ideia deva ser indiscutivelmente aplicada hoje, embora a origem da Súmula talvez indicasse o contrário.⁵⁷¹ Do mesmo modo, embora a súmula não apresente, como requisito, o esforço comum, entendemos que sua presença é indispensável.⁵⁷² Ocorre, porém, que o esforço comum não precisa ser provado na aquisição a título oneroso, por ser presumível. Mas essa presunção, a nosso ver, não é absoluta e sim relativa, podendo ser afastada por prova em sentido contrário.

De acordo com esse critério, no exemplo supracitado não haveria enriquecimento sem causa. Se os bens foram adquiridos com o produto da venda de patrimônio já pertencente ao marido, haverá uma sub-rogação e eles continuarão sendo bens

⁵⁷⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 6, p. 185. Curiosamente, a mesma divergência se deu em artigo que publicamos em coautoria com José Luiz Gavião de Almeida. Enquanto sustentamos que a referida súmula continua em vigor, José Luiz Gavião de Almeida entende que ela não se aplica ao Código atual. (ALMEIDA, José Luiz Gavião; LIGIERA; Wilson Ricardo. A Dignidade do cônjuge supérstite e as polêmicas em torno da sucessão. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**, p. 537).

⁵⁷¹ Tendo sido criada a súmula com base no artigo 259 do Código Civil de 1916, ela partira da ideia de aplicar ao regime de separação os princípios da comunhão. Com isso, no silêncio do contrato antenupcial, haveria a comunicação dos bens adquiridos a título oneroso ou gratuito, conforme explicava Clóvis Beviláqua, criticando o dispositivo, que não constava de seu projeto original. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica, p. 647).

⁵⁷² Regina Beatriz Tavares da Silva arrazoa que “a interpretação da Súmula 377 do STF deve ser realizada em consonância com os respectivos precedentes, que, em sua maioria, não aceitaram a aplicação pura e simples do regime da comunhão parcial em casamentos contraídos pelo regime da separação obrigatória de bens, considerando comunicável somente o patrimônio adquirido pelo esforço comum, ou seja, mediante a existência de sociedade de fato entre os cônjuges”. (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Regime da separação de bens convencional e obrigatória. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas: novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 2), p. 343).

particulares.⁵⁷³ Se, ao contrário, foram comprados com o dinheiro ganho na constância da sociedade conjugal, houve esforço comum, ainda que imaterial, para sua aquisição.

Não podemos concordar que, ainda que inexistia esforço comum, haveria a comunicação dos bens adquiridos durante o casamento. Não nos parece ser esse o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça. Nota-se, mesmo nos julgados que dispensam a prova do esforço comum, que este seria presumido e não inexistente.⁵⁷⁴

Não pretendemos nos estender na longa discussão que permeou toda a história da Súmula 377, o que fugiria aos propósitos deste trabalho e demandaria análise extensa e pouco produtiva para os fins a que esta pesquisa se destina. Apenas não poderíamos nos furtar a adotar um posicionamento quanto à aplicabilidade atual da referida súmula, porquanto ela repercute diretamente na sucessão do cônjuge.

É importante lembrar que a Súmula 377 foi editada numa época em que o regime legal era o da comunhão universal, antes da introdução do divórcio no Brasil. Se pensarmos em termos de proteção do cônjuge viúvo, que permanecera ao lado do falecido até sua morte, era natural que todo o patrimônio se comunicasse. Dentro do contexto atual,

⁵⁷³ Nesse sentido: “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. [...] Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. [...] É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie. [...]” (STJ, REsp 1171820/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 27/04/2011).

⁵⁷⁴ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVENTÁRIO QUE VISA À PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DE SOCIEDADE CONJUGAL FORMADA SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. ART. 258 DO CC/1916. ESFORÇO COMUM. SÚMULA n.º 377/STF. PRECEDENTES DO STJ. 1. A partilha dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, erigida sob a forma de separação legal de bens (art. 258, parágrafo único, I, do CC/1916), não exige a comprovação ou demonstração de comunhão de esforços na formação desse patrimônio, a qual é **presumida**, à luz do entendimento cristalizado na Súmula n.º 377/STF. Precedentes do STJ. [...]” (STJ, AgRg no REsp 1008684/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 02/05/2012, grifamos). No mesmo sentido: “DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUÊSTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o *de cujus* por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, **presumido** neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 154.896/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 357, grifo nosso).

de facilitada dissolução do matrimônio pelo divórcio e de casamentos que duram pouquíssimo tempo, é preciso adaptar a súmula a nossa nova realidade social.

Nesses termos, concluímos pela continuidade da vigência da Súmula 377 ou, pelo menos, do princípio que a informou, qual seja o que veda o enriquecimento injustificado, permitindo a comunicação do patrimônio adquirido onerosamente na constância da sociedade conjugal com base no esforço comum, que não precisa ser provado, pois é presumido. Essa presunção, todavia, há de ser considerada *iuris tantum*, podendo ser afastada por prova em sentido contrário. Nesses termos, a sobrevivência da súmula é de grande importância para evitar que seja favorecido um dos cônjuges (ou, quiçá, seus herdeiros), em detrimento do outro.⁵⁷⁵

É digno de nota que a permanência da súmula foi levada em consideração na própria elaboração do Código Civil de 2002. No Projeto 634/75, a redação original do dispositivo que por fim resultou no artigo 1.641 do Código Civil, que impõe o regime da separação de bens, estabelecia: “Art. 1.696. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aquestos [...]”.

Na sua fase final de tramitação perante a Câmara dos Deputados, contudo, foi

⁵⁷⁵ No Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador Salles Rossi assim concluiu: “Respeitado entendimento em contrário, a Súmula 377 do STF continua em plena vigência e prestigia a entidade familiar e o patrimônio obtido pelos cônjuges durante o casamento, havendo a presunção de esforço comum, ainda que casados sob o regime da separação obrigatória de bens. Visa-se impedir o enriquecimento sem causa dos demais herdeiros do falecido que em nada contribuíram para a aquisição desses bens. (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0101837-84.2012.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Salles Rossi, Data do julgamento: 08/08/2012, Data de registro: 14/08/2012). De modo semelhante, o Desembargador João Carlos Saletti entendeu pela continuidade de aplicação da Súmula 377 mesmo em casamento celebrado na vigência do Código Civil de 2002: “INVENTÁRIO. Pedido da viúva de ingresso nos autos como meeira do bem adquirido onerosamente na constância do casamento. Deferimento. Insurgência da inventariante. Casamento realizado na vigência do Código Civil de 2002. Regime da separação obrigatória de bens. Presunção de comunicação dos aquestos. Aplicação da Súmula 377 do STF. Inclusão da viúva como meeira, nas primeiras declarações. Decisão mantida. [...] De fato, respeitadas as opiniões em contrário (como a sempre autorizada de EÚCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA e SEBASTIÃO AMORIM, em ‘Inventários e Partilhas’, 22ª edição, Leud, p. 209), se ambos os cônjuges, casados, vivem verdadeiramente como marido e mulher e, nessas circunstâncias, adquirem bens, seria injusto não reconhecer o direito à comunicação dos aquestos e, por conseguinte, a aplicação da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, mais acertado o ponto de vista de que os bens adquiridos por mútuo esforço comunicam-se no regime da separação obrigatória, em virtude do estabelecimento de verdadeira sociedade de fato ou comunhão de interesses entre os cônjuges. E não há se falar em prova do esforço comum, posto que se presume seja financeiro, físico ou moral, como ressaltado pelo Juízo. [...] A jurisprudência da Corte Superior, aliás, não obstante referindo o Código Civil anterior, é indicativa desses princípios, que não contrastam com o espírito do novo estatuto, em que pese a falta de regra explícita a respeito [...]” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0056958-26.2011.8.26.0000, da Comarca de Guaratinguetá, Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado, Relator João Carlos Saletti, Data do julgamento: 22/11/2011, Data de registro: 23/11/2011).

suprimida a parte final do dispositivo, que dizia que o regime da separação obrigatória se daria “sem a comunhão de aquestos”, exatamente porque o legislador entendeu que era importante a continuidade de aplicação do princípio contido na Súmula 377. A esse respeito, consta da justificativa da Emenda n.º 251, que promoveu a referida supressão:

Por outro lado, em se tratando de regime de separação de bens, os aquestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377).

A doutrina tem se pronunciado, na mesma linha de entendimento, bastando referir, a propósito, a lição de Washington de Barros Monteiro, ao entender acertado o entendimento de inúmeros julgados, segundo os quais, comuns serão, nessa hipótese, os bens adquiridos na constância do casamento, por seu mútuo esforço. Enfatiza o festejado civilista que o acerto das decisões decorre do estabelecimento de verdadeira sociedade de fato, ou comunhão de interesses entre os cônjuges. Neste sentido, pondera que “não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representam trabalho e economia de ambos. É a consequência que se extrai do art. 1.376 do Código Civil (vigente), referente às sociedades civis e extensiva às sociedades de fato ou comunhão de interesses”.

Impõe-se manter o entendimento jurisprudencial do S.T.F. substanciado na Súmula n.º 377, segundo o qual no regime de separação de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Aí, a supressão da fórmula final “sem a comunhão de aquestos”, por não se justificar, em nenhuma das hipóteses dos incisos constantes do artigo.

Em compatibilização com o sentido dessa diretriz jurisprudencial, impõe-se o acolhimento da Emenda.⁵⁷⁶

Sem pretendermos defender a *mens legislatoris* (intenção do legislador) em confronto com a *mens legis* (o espírito da própria lei), não se pode, por outro lado, desprezar o elemento histórico.⁵⁷⁷ Ao considerarmos que o legislador supôs, no momento da aprovação do texto final do Código Civil, que na separação obrigatória haveria comunicação dos aquestos, é possível compreender o motivo pelo qual o cônjuge, nesse

⁵⁷⁶ Justificativa da Emenda n.º 251, constante do Relatório do Deputado Ricardo Fiuza, apresentado à Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer sobre as emendas do Senado Federal ao Projeto de Lei n.º 634 de 1975 do Poder Executivo, fl. 221.

⁵⁷⁷ Zeno Veloso demonstra que o elemento histórico tem o seu valor, especialmente nesse caso, “em que a subtração de cláusula restritiva num dispositivo foi fruto de emenda parlamentar seguida de votação”. (VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 57).

regime, não concorreria à herança junto com os descendentes.⁵⁷⁸

Debaixo do entendimento de que a súmula continuaria em vigor, o cônjuge já teria a meação dos bens adquiridos a título oneroso, não precisando da herança, que deveria seguir seu curso normal, sendo prioritariamente destinada aos descendentes, nos termos em que restou redigido o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

Essa foi, aliás, a ideia que sempre permeou a mente do legislador, vale salientar, de só retirar parte da herança dos descendentes e destiná-la ao cônjuge naquelas situações excepcionais, em que o viúvo não tivesse meação. É por isso que, na concorrência com os descendentes, foi feita a ressalva de que o cônjuge não herdaria no regime da comunhão universal, no regime da comunhão parcial sem bens particulares e também — por que não dizer? — no regime da separação obrigatória.

Nos demais casos, ou seja, quando o cônjuge concorresse com os ascendentes ou fosse herdeiro único, ele herdaria também no regime de separação obrigatória, o que nos induz a acreditar que o verdadeiro motivo da restrição foi mesmo a proteção aos descendentes, e não o repúdio à sucessão do cônjuge na separação obrigatória.

Em sendo assim, a Súmula 377 (ou, pelo menos, o princípio nela contido) não só continua em vigor, mas é o próprio fundamento da não concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes. Diante dessa conclusão, há que se indagar: mesmo nesse regime o cônjuge poderá eventualmente concorrer à sucessão juntamente com filhos ou netos do falecido, caso não tenha direito à meação?

A pergunta é desconcertante, embora inevitável, pois uma resposta afirmativa poderia dar margem a casamentos por exclusivo interesse financeiro, em prejuízo dos

⁵⁷⁸ Há que se reconhecer que no texto original do Projeto de Lei n.º 634 de 1975 já havia a ressalva de que o cônjuge não concorreria com os descendentes no regime da separação obrigatória, mesmo diante do texto do art. 1.696, que estabelecia nesse regime não haver comunhão de aquestos. Diante disso, é possível que, originalmente, o legislador intencionasse impedir a sucessão do cônjuge nesse regime para evitar que nele o casamento resultasse em transmissão patrimonial. No entanto, pode ser que isso não tenha sido intencional. Afinal, na Comissão Elaboradora do Anteprojeto, criada em 1969, cada jurista ficou encarregado da redação de um livro. Clovis de Couto e Silva cuidou do Livro do Direito de Família, enquanto Torquato Castro foi responsável pelo Livro do Direito das Sucessões. A falta de harmonia entre os Livros resta evidente até nas referências aos dispositivos (v.g., o art. 1.876, I, ao tratar da ordem de vocação hereditária, fez referência ao art. 1.695, p.u., que nunca tratou da separação obrigatória, mencionada no texto). Seja como for, o importante é que, na fase final de tramitação, tendo sido todo o trabalho reunido e analisado, o legislador entendeu que na separação obrigatória haveria a comunicação dos aquestos, à semelhança do que ocorreria nos regimes de comunhão. Com base nesse entendimento, aprovou o art. 1.829, I, proibindo ao cônjuge concorrer com os descendentes nos regimes em que já fosse beneficiado pela comunhão de bens.

descendentes. Basta retornar ao exemplo do senhor de 90 anos de idade, que se casa com uma moça de 18 anos. Se ele não adquirir outros bens durante o matrimônio, ela não terá direito à meação. Deveria, então, ter direito à herança? E se ele comprasse apenas um carro e uma casa, mas tivesse muitos outros bens particulares? Teria ela, além da meação dos poucos bens comprados durante o casamento, também o direito de concorrência sucessória sobre os bens anteriormente adquiridos?

É difícil chegar a uma resposta única, pois tudo dependerá de uma série de fatores. Embora, na ausência dos descendentes, o cônjuge herdaria mesmo nesse regime, a situação aqui se torna mais delicada, diante do verdadeiro propósito das exceções trazidas pelo inciso I do artigo 1.829.

Como já considerado, o legislador teve em mente duas diretrizes básicas ao redigi-lo: 1) dar prioridade aos descendentes⁵⁷⁹; e 2) não deixar o cônjuge desamparado.

Se considerarmos que o primeiro objetivo do legislador é preponderante, é possível sustentar, em harmonia com a literalidade do inciso I do artigo 1.829, que o cônjuge não herdará com os descendentes no regime da separação legal de bens, inclusive nas situações em que não tiver meação do patrimônio.

Por outro lado, tomados esses dois objetivos como verdadeiros princípios do direito sucessório a serem harmonizados, chegaremos à conclusão de que o cônjuge será herdeiro em relação aos bens particulares do falecido.

Embora essa solução possa parecer absurda, diante da aparente novidade que contém, é preciso reconhecer que a maioria da doutrina já entende que o cônjuge herdaria em concorrência com os descendentes no regime da separação convencional. Se nesta, que resulta de uma escolha dos nubentes, o viúvo herdará, por que não na separação legal?

Poder-se-ia alegar que, na separação obrigatória, o óbice resulta da lei, que pretende impedir a transmissão patrimonial quando impõe aos nubentes o regime da separação. Em verdade, contudo, o que a lei pretende, ao estabelecer o regime da separação obrigatória, é proteger determinadas pessoas. Faz isso por evitar a comunicação dos bens durante o

⁵⁷⁹ Comenta Jorge Shiguemitsu Fujita: “A classe dos descendentes é a primeira das pessoas sucessíveis, explicando-se a sua preferência sobre os ascendentes, na medida em que se deve pensar na continuidade da vida, por meio de geração mais nova”. (FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 72).

matrimônio, e não o direito sucessório quando o casamento se dissolve pela morte.

Com efeito, a lei não impede que o cônjuge seja herdeiro no regime da separação obrigatória quando, não havendo descendentes, vier a concorrer com ascendentes (art. 1.829, II). Não há óbice, igualmente, que, diante da inexistência de parentes em linha reta, o cônjuge herde sozinho todos os bens do *de cujus*, em vista da sua posição como terceiro na ordem de vocação hereditária (art. 1.829, III).⁵⁸⁰

Haja vista essa possibilidade, não se pode dizer que o motivo pelo qual o cônjuge não concorre com os descendentes no regime da separação obrigatória é a necessidade de harmonização do sistema sucessório com as regras desse regime.⁵⁸¹ Fosse assim, o viúvo jamais poderia herdar nesse regime, nem mesmo na ausência de descendentes.

O que a lei não deseja é a comunhão. O direito sucessório é e sempre foi permitido tanto no Código atual como no diploma anterior. A única exceção estabelecida, hoje, diz respeito à concorrência com os descendentes — que também se aplica aos regimes de comunhão universal e de comunhão parcial.

Se admitirmos que nesses regimes pode haver exceção, a lógica nos orienta a deduzir que o mesmo pode dar-se na separação obrigatória. É verdade que, numa interpretação literal, isso não poderia ocorrer. Entretanto, como tem sido dito, essa é a mais pobre das interpretações, não devendo ser utilizada de forma isolada, dissociada de seu contexto e apartada do sistema legal e da finalidade a que a norma se destina.

Conforme já amplamente exposto, a ressalva de que o cônjuge não concorreria com os descendentes “no regime da separação obrigatória de bens” (CC, art. 1.829, I) parece, num primeiro momento, decorrer da sistemática, adotada pelo Código Civil, de que nesse

⁵⁸⁰ GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Comentários ao código civil brasileiro**. Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 16, p. 185-186.

⁵⁸¹ Lemos na obra de Flávio Tartuce e Fernando Simão: “Realmente, não faria sentido permitir a lei a concorrência do cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória com os descendentes do falecido. Se a lei impediu a comunhão em vida, razão terá para impedir a concorrência *post mortem*”. (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**, p. 182). Entretanto, a lei não impediu a concorrência *post mortem* com os ascendentes, o que também não faria sentido dentro do raciocínio utilizado pelos autores. Na verdade, não visualizamos nenhuma incongruência na possibilidade de sucessão do cônjuge que fora casado com o falecido pelo regime da separação obrigatória. O regime visa impedir a comunicação patrimonial em vida, para evitar que aquele que se separa ou se divorcia, pondo fim precocemente ao matrimônio, leve parte dos bens adquiridos pelo outro. Por outro lado, permanecendo o viúvo com o falecido até o triste momento do óbito, não há razão para impedir seu amparo por meio do direito sucessório. Este ocorre no momento da dissolução do casamento, pela morte; a comunhão ocorre em vida, no curso do casamento, em virtude do regime de bens.

regime não deveria haver transmissão patrimonial. Entretanto, se essa fosse a verdadeira causa da ausência de concorrência nesta hipótese, o mesmo óbice deveria estar presente em qualquer outra situação. Ou seja, o cônjuge jamais deveria herdar, quando tivesse sido casado com o falecido pelo regime da separação legal. No entanto, a lei não contém nenhuma restrição nesse sentido, tanto na concorrência com os ascendentes (quando o cônjuge é chamado em segundo lugar na ordem de vocação hereditária), quanto nos casos em que o cônjuge herda como único herdeiro (quando é chamado à sucessão na terceira classe da ordem sucessória).

Em sendo assim, é preciso encontrar uma explicação diversa para o fato de que o cônjuge não herda no regime da separação obrigatória apenas em concorrência com os descendentes. Afinal, o argumento de que isso violaria as regras patrimoniais para o casamento não é mais aceitável.

A imposição prevista no artigo 1.641 do Código Civil deve ser obedecida no sentido de impedir a comunicação patrimonial em vida⁵⁸², mas não pode obstaculizar a aplicação do direito hereditário, decorrente da morte de um dos cônjuges que se encontrava com o outro até o fim de sua existência.

Da mesma maneira, a vontade dos nubentes, expressa no pacto antenupcial, ao optarem pelo regime da separação convencional de bens, deve fazer lei entre as partes, impedindo a comunicação do patrimônio no casamento. Todavia, como será analisado a seguir, essa vontade não tem o condão de impedir a transmissão patrimonial decorrente do direito sucessório.

4.4.5 Concorrência no Regime da Separação Convencional de Bens

Quanto ao regime da separação de bens, já ensinava Pontes de Miranda, merece destaque o fato de que tal regime pode nascer *ex potestate legis*, quando a lei civil o torna

⁵⁸² Esse dispositivo, todavia, não pode impor o regime de separação absoluta, mas relativa. Caso contrário, violaria o princípio que veda o enriquecimento injustificado, naquelas aquisições havidas por título oneroso, com a conjugação de esforços de ambos os cônjuges.

obrigatório, ou resultar da vontade das partes, instituído nos pactos antenupciais.⁵⁸³ No Código Civil de 1916, o regime da separação legal era previsto no artigo 258 e o regime da separação convencional no artigo 276.

Diante da dualidade de previsão contida no Código de Beviláqua, há décadas sedimentou-se na doutrina o ensinamento de que haveria duas espécies de regimes de separação, a saber, a separação obrigatória e a separação convencional, classificação esta quanto à origem ou à forma de constituição. A primeira espécie era chamada comumente “separação obrigatória”. Nesse sentido, as preleções de Caio Mário da Silva Pereira: “A separação de bens pode resultar de imposição da lei, com o qualificativo de ‘separação obrigatória’ [...]”.⁵⁸⁴

A distinção é de suma importância na análise de inúmeros casos concretos, hoje em dia. Isso ocorre porque o Código Civil, ao regular a sucessão do cônjuge nas hipóteses em que o falecido deixou descendente, excluiu da herança o viúvo que era casado no regime “da separação obrigatória de bens” (CC, art. 1.829, I). Assim, e em consonância com os ensinamentos da doutrina, o cônjuge não seria herdeiro no caso de regime de separação obrigatória, vale dizer, quando a separação de bens resultasse de imposição legal. Como a regra que exclui direitos há de ser interpretada restritivamente, logo se concluiu que, no regime de separação oriundo da vontade dos nubentes, não deveria o cônjuge supérstite ser afastado da sucessão. Afinal, o cônjuge só não herdaria em concorrência com os descendentes no regime “da separação obrigatória”, e não no regime da separação convencional.

A intenção do legislador, todavia, restou obscura. Afinal, por que razão apenas no regime da separação convencional haveria a preocupação de proteger o cônjuge supérstite, e não também no regime da separação legal? Haveria um motivo legítimo para esse

⁵⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, p. 431-432.

⁵⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**, p. 193.

tratamento diferenciado?⁵⁸⁵

Sem sombra de dúvidas, havia algo estranho ou, pelo menos, incompreendido no dispositivo — o que levou a doutrina a questioná-lo. Seria realmente essa sua correta interpretação? Qual haveria de ser a razão da discriminação legal? Essas questões precisam ser examinadas na resolução da problemática, ora considerada.

Com efeito, não demorou muito para que juristas reverenciados levantassem tais indagações, alguns poucos defendendo que também no regime da separação oriundo da escolha dos nubentes não deveria existir a concorrência do cônjuge à herança. Afinal de contas, se no regime da separação imposto pela lei o cônjuge não é herdeiro, por que o seria quando essa divisão de patrimônios resultasse da vontade dos próprios nubentes? Por oportuno, há que se perguntar: a vontade das partes não faz lei entre elas?

Talvez tenha sido por se dar conta dessas aparentes incongruências que Miguel Reale, o mentor do atual diploma civil, publicou artigo no jornal **O Estado de S. Paulo**, em 12 de abril de 2003, sustentando que em qualquer regime de separação, quer proveniente da lei, quer da autonomia da vontade, o cônjuge não seria herdeiro caso houvesse descendentes do falecido.⁵⁸⁶

Miguel Reale argumentou, em suma, que a norma do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil não poderia ser interpretada isoladamente, e que, se a cotejássemos com os outros dispositivos legais, especialmente o artigo 1.687 do mesmo diploma, concluiríamos que ambas as modalidades do regime de separação de bens estariam abrangidas pela exceção do dispositivo. Nessa ordem de ideias, duas seriam as hipóteses de separação

⁵⁸⁵ Como já analisado no item anterior, é possível que para esse tratamento diferenciado tenha sido levado em consideração o fato de que, no regime da separação legal, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, ao passo que, no da separação convencional, em regra não haverá mais essa comunicação, visto que, de acordo com o Código Civil de 2002, a separação já não é relativa, como se dava na vigência do Código Civil de 1916, por força do artigo 259, mas absoluta, com total incomunicabilidade patrimonial. Sendo assim, no regime da separação convencional, o cônjuge não teria meação, precisando da herança. No regime da separação legal, diferentemente, comunicar-se-iam os bens adquiridos durante o casamento, a fim de evitar o enriquecimento — e o empobrecimento — injustificado. Apesar de trabalharmos com essa possibilidade, temos de reconhecer que ela não é tão evidente na simples leitura do dispositivo, motivo pelo qual reafirmamos que a má redação do artigo foi a grande responsável pelas inúmeras indagações levantadas pela doutrina.

⁵⁸⁶ É possível que nem mesmo Miguel Reale conhecesse todas as razões que levaram o legislador a impedir a sucessão do cônjuge apenas no regime da separação legal e somente em concorrência com os descendentes, diante das modificações ocorridas na fase final de tramitação do projeto no Congresso Nacional. Apesar disso, é plenamente compreensível que ele propusesse uma interpretação que afastasse as acusações dirigidas ao novo diploma, que levava o seu nome. Embora devamos respeitar seu posicionamento, não podemos tomá-lo como verdade incontestável.

obrigatória: uma prevista no artigo 1.641, decorrente da imposição da lei; a outra, resultante da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, por meio de escritura pública.⁵⁸⁷

Debaixo desse entendimento, poder-se-ia concluir que o viúvo que fora casado pelo regime da separação convencional também não seria herdeiro do falecido. A propriedade dos bens do falecido seria entregue, na totalidade, aos filhos, aplicando-se as regras da sucessão legítima relativas aos descendentes. Somente se todos os descendentes renunciassem à herança, poderia o cônjuge ser chamado à sucessão, como herdeiro das classes seguintes (CC, art. 1.810).

Não ocorrendo renúncia ou deserdação dos filhos, a única vantagem que poderia ser conferida ao cônjuge sobrevivente, nos termos do artigo 1.831, seria o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Apesar das argumentações apresentadas por Miguel Reale de que o cônjuge não

⁵⁸⁷ REALE, Miguel. O Cônjuge no novo Código Civil. In: _____. **Estudos preliminares do Código Civil**, p. 61-64. Explicou Miguel Reale: “A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão ‘separação obrigatória’ aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641. Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que — se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança — estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.828, inc. I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática”. (Ibidem, p. 62-63).

herdaria no regime da separação convencional, a quase totalidade dos doutrinadores⁵⁸⁸ se posicionou claramente em sentido diverso, defendendo uma aplicação literal do dispositivo.⁵⁸⁹ Afinal, o inciso I do artigo 1.829 só excepcionou da sucessão o casal que contraiu matrimônio pelo regime da separação obrigatória, no que não se pode incluir o regime de separação convencional, escolhido livremente pelos nubentes por meio de pacto antenupcial. Registrem-se, nesse sentido, as explicações de Carlos Alberto Dabus Maluf:

Ora, mesmo examinando o inc. I do art. 1829 do Código Civil de 2002, com as disposições que tratam do regime de bens do casamento, veremos que as normas guardam similitude, pois, como já dissemos, são duas as modalidades do regime de separação de bens, a primeira é o da separação obrigatória de bens, que está abrangida pela exceção do inc. I do art. 1.829 da nova lei civil e a segunda, é o regime da separação **con-**

⁵⁸⁸ Sustentam que, no regime da separação convencional, o cônjuge concorre à herança com os descendentes do *de cujus*: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões** (artigos 1.784 a 1.856), p. 225; AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática**, p. 96; ANTONINI, Mauro. Arts. 1.784 a 2.027 – sucessões. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**, p. 2.225-2.228; BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil: família e sucessões**, p. 209; CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**, p. 167; CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Rubens Limongi França, v. 1), p. 129-130; COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274-275; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004, p. 191-193; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**, p. 124; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**, p. 102; GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev. atual. e aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 56; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**, p. 172; GOZZO, Débora. Nova ordem da vocação hereditária. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel (Coord.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 78-81; LEITE, Glauber Salomão. **Sucessão do cônjuge sobrevivente: concorrência com parentes do falecido**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 107; L LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito civil explicado por meio de casos práticos: sucessões**, p. 155; LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 330; MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 97; MALUF, Carlos Alberto Dabus. A Sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e sucessões: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 377; MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6, p. 97; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105; PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **O Cônjuge e o convivente no direito das sucessões: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 50-51; PENA JÚNIOR, Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 132; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**, p. 132; PIERI, Sueli Aparecida de. **O Cônjuge como herdeiro necessário e concorrente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 82; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**, p. 164; VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 69-72.

⁵⁸⁹ Para sermos mais exatos, convém esclarecer, desde logo, que a conclusão pela qual o cônjuge concorre com os descendentes, no regime da separação convencional, decorre não apenas de uma interpretação literal. Ela é também resultado de uma hermenêutica consentânea com o sistema sucessório adotado pelo Código Civil de 2002, segundo o qual o cônjuge deve herdar com os descendentes nos regimes em que não tiver direito à meação.

vencional ou voluntária de bens que não está, à evidência, abrangida pela exceção que ora examinamos.

Se formos cotejar a norma em tela com o art. 1.687 do Código Civil de 2002, veremos facilmente que não existe qualquer conflito, pois o referido artigo trata de matéria diferente, tanto que está disciplinado no capítulo “Do Regime de Separação de Bens”, que nada tem a ver com o tema aqui tratado que é o da sucessão por morte do cônjuge, que é cuidado em outro título “Da Sucessão Legítima” em outro capítulo “Da Ordem da Vocação Hereditária”. (grifo do autor).⁵⁹⁰

Verdadeiramente, não se pode confundir a incomunicabilidade patrimonial durante o casamento, imposta pelas regras do regime de separação de bens, com a possibilidade de transmissão patrimonial *causa mortis*. O que o regime da separação não permite é a transferência do patrimônio de um cônjuge ao outro em virtude do casamento e na constância da sociedade conjugal, decorrente da comunicabilidade que sói ocorrer nos regimes de comunhão. Diante disso, se o casamento for dissolvido pelo divórcio, um dos cônjuges não levará nada daquilo que foi adquirido pelo outro. Trata-se de regra de Direito de Família.

De modo diverso, no Direito das Sucessões, a transmissão patrimonial não se dá em razão da comunicação patrimonial que, aliás, não ocorre. Ao invés disso, o viúvo recebe parte do patrimônio como herança, por causa da morte, não do regime de bens, que finda por ocasião do falecimento de um dos cônjuges. Confundir as normas sucessórias com as regras dos regimes de bens é tão grave quanto não se proceder à distinção entre herança e meação. Embora sejam parcelas patrimoniais complementares, que incidem sobre o conjunto de bens de uma pessoa, são completamente diferentes, tendo origem em causas completamente desiguais.

Do mesmo modo, não se pode confundir o regime de separação convencional com o de separação obrigatória. Este resulta da lei; aquele, do acordo pré-nupcial. Embora sejam regimes semelhantes que, em princípio, bloqueiam a comunhão de bens, sua origem é completamente diversa. A falta de suporte doutrinário para o tratamento do regime de separação obrigatória como gênero — do qual seriam espécies a separação legal e a separação convencional — fez com que o próprio Miguel Reale opinasse pela alteração legislativa, visando à correção do dispositivo, como bem observado por Carlos Alberto

⁵⁹⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. A Sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e sucessões: reflexões atuais**, p. 377.

Dabus Maluf:

Tanto isto é fato que o culto jusfilósofo Professor Miguel Reale, com a honestidade intelectual que lhe é própria, adverte no mesmo artigo em que expõe sua abalizada posição: “Se no entanto, apesar da argumentação por mim desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1829, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo ‘obrigatória’”.

Com efeito, se o próprio articulista entende que deverá haver uma alteração legislativa para deixar claro que o cônjuge casado no regime da separação **convencional** de bens não é herdeiro necessário, nos é lícito concluir que enquanto não ocorrer a alteração por ele proposta o cônjuge que convolou núpcias no regime da separação **convencional** de bens é sim herdeiro necessário.

De mais a mais, a norma em debate é clara e *in claris cessat interpretativo* (grifo do autor).⁵⁹¹

Em harmonia com essas constatações, Zeno Veloso também se pronunciou contra os argumentos expedidos por Miguel Reale, de que a sucessão no regime da separação convencional feriria substancialmente o próprio regime, o que não poderia ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática:

Ficou isolado, entretanto, esse parecer, que só pode prosperar se houver a intervenção do legislador para mudar o art. 1.829, I, eliminando o adjetivo “obrigatória” depois do substantivo “separação”. Além do mais, o argumento do nosso eminente mestre prova demais: se o *de cujus* não tem descendentes, nem ascendentes, o herdeiro é o cônjuge, ocupante da 3.^a classe dos sucessores legítimos, sendo-lhe deferida a sucessão por inteiro (CC, art. 1.838), independentemente do regime de bens; portanto, ainda que o regime seja o da separação absoluta, o cônjuge afasta, no caso, os irmãos e outros colaterais do falecido. Não se misturam os dois planos, os dois momentos: o regime de bens, que perdura enquanto vivos marido e mulher e presente a sociedade conjugal, e a sucessão *mortis causa*, que tem suas próprias regras e princípios. Em suma: não é pelo fato de o regime de bens ser o da separação, tornando incomunicáveis os bens de cada cônjuge, fazendo com que os patrimônios sejam autônomos, apartados, desligados, enquanto persiste o casamento, que se deve esticar essa situação além da vida, para que, na sucessão por causa da morte, a solução seja a mesma. Sem uma lei que determine expressamente, não se pode afirmar que o cônjuge cujo regime foi o da separação convencional vai deixar de ser, por isso, herdeiro necessário do outro, e não irá concorrer com os descendentes.⁵⁹²

Embora alguns outros autores não tenham se posicionado claramente em suas

⁵⁹¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. A Sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e sucessões: reflexões atuais**, p. 377.

⁵⁹² VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 71.

obras, limitando-se a repetir o texto da lei (no sentido de que não é herdeiro o cônjuge no regime da separação obrigatória), também não negaram a concorrência no regime da separação convencional.⁵⁹³

Ademais, merece atenção o fato de que, na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, elaborou-se o enunciado 270, que dispõe, em parte: “O art. 1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens [...]”.

Em sentido contrário, seguindo a linha erigida por Miguel Reale, pouquíssimos doutrinadores concordam que deva ser conferida ao inciso I do artigo 1.829 uma interpretação extensiva, a fim de incluir-se na exceção o casamento pelo regime da separação convencional. Debaixo dessa interpretação, o cônjuge não concorreria com os descendentes no regime da separação de bens, qualquer que fosse sua origem. Nesse diapasão, manifesta-se Eduardo de Oliveira Leite:

Desconsiderar o escopo da separação convencional, devidamente materializada no formalismo do pacto antenupcial, acarretaria uma insegurança jurídica que fica negada veementemente, pelas mais elementares noções de direito. [...] E exatamente por não se admitir qualquer tipo de comunicação patrimonial por vontade dos cônjuges é que se afasta o direito de concorrência com os descendentes, a fim de se evitar qualquer burla à imposição legal.

Se a *ratio essendi* da separação convencional foi exatamente afastar a possibilidade de qualquer confusão patrimonial, durante e após o casamento, a concorrência com os descendentes feriria frontalmente à própria *mens legis*. O intérprete que assim procede despreza a vontade do legislador, a qual, independentemente da eterna polêmica entre *mens legis*

⁵⁹³ DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil: sucessões**. São Paulo: Nelpa, 2004, p.106; FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 92; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Comentário ao art. 1.829. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1.308; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil: parte especial: direito das sucessões** (arts. 1.784 a 1.856 MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil comentado**. 3. ed., p. 1.194; NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 3. ed., p. 143; NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**, p. 161; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, p. 180; RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**, p. 98; SOUZA, Osni de. Comentário ao art. 1.829. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 1.477; VELOSO, Zeno. Arts. 1.784 a 2.027. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código Civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2.008; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 7, p. 138; WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das sucessões**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6, p. 98.

e mens legislatoris, sempre constituirá critério válido para se penetrar no sentido e alcance de qualquer norma jurídica.⁵⁹⁴

O referido autor argumenta, adicionalmente, que considerar o cônjuge herdeiro concorrente no regime da separação convencional desvirtuaria o regime de bens livremente escolhido pelos nubentes, por “invalidar um ato jurídico formal que produziu todos os efeitos durante a vida em comum do casal e, pois, não poderia deixar de valer após a morte de um de seus subscritores”.⁵⁹⁵

Definitivamente, porém, não é isso o que ocorre. Aqueles que alegam que estaria havendo uma afronta à incomunicabilidade imposta pelo regime confundem, na verdade, comunhão de bens com herança. Esquecem-se, ademais, de que, na hipótese de concorrência com os ascendentes, o cônjuge herda parte do patrimônio, não obstante a separação de bens durante o casamento. O mesmo ocorre — e já ocorria no sistema do diploma anterior — na ausência de descendentes e ascendentes, recebendo o cônjuge a totalidade dos bens, em que pese à incomunicabilidade patrimonial estabelecida pelo regime. E isso não é questionado pelos autores que se negam a admitir a possibilidade de concorrência com os descendentes no regime da separação convencional.

Percebe-se, outrossim, que na vigência do Código Civil de 1916 a pessoa casada pelo regime da separação de bens já poderia herdar até a totalidade da herança. Essa regra foi mantida, tendo sido apenas levemente alargada, com a possibilidade de se concorrer com os descendentes no regime de separação convencional. Não se trata — vale a pena insistir — de comunicação de patrimônio, mas de direito sucessório.

Como salienta Carlos Alberto Dabus Maluf, “despicienda a questão do regime de bens adotado no casamento, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e será herdeiro único se o autor da herança não deixar descendentes ou ascendentes”.⁵⁹⁶ O autor menciona, nesse sentido, pioneiro acórdão da lavra do Desembargador José Roberto Bedran:

Inventário. Cônjuge sobrevivente. Ausência de descendentes e ascendentes. Condição de herdeiro necessário único, e não concorrente

⁵⁹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). 5. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XXI, p. 278-279.

⁵⁹⁵ Ibidem, p. 278.

⁵⁹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus. A Sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e sucessões**: reflexões atuais, p. 379.

(art. 1.829, III, do C. Civil), ao qual deve ser assegurada a legítima no espólio de sua falecida esposa, independentemente do regime de bens adotado no casamento, no caso, o da separação convencional (art. 1.829, II, do C. Civil). Incidência e aplicação dos arts. 1.838 e 1.845, do C. Civil. Impugnação dos herdeiros testamentários, que até redundou na exclusão do cônjuge do cargo de inventariante, afastada. Decisão reformada. Agravo provido.⁵⁹⁷

Conforme já ressaltado, o regime de bens impede a comunicação patrimonial durante o casamento. Com a morte, porém, o regime se extingue. Nasce, então, o direito sucessório, passando o cônjuge, a partir daquele momento, a ter direito a uma parte do patrimônio, não como meação, mas como herança.

Quanto à intenção do legislador, é verdade que paira alguma dúvida sobre ela. Poder-se-ia até argumentar, se desprezássemos a referência à “separação obrigatória” feita no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, que o regime em que o cônjuge não herdaria seria aquele escolhido livremente pelos nubentes por intermédio de pacto antenupcial. Esse ponto de vista decorreria do fato de que se menciona entre parênteses, após a menção da separação obrigatória, o parágrafo único do artigo 1.640, dispositivo que trata do direito dos nubentes de “optar por qualquer dos regimes” que o Código regula. Urge, honestamente, indagar: estaria o legislador a se referir, então, ao regime de separação determinado pelo acordo pré-nupcial, e não à separação obrigatória imposta por lei?

Na realidade, nem mesmo os autores que são contra a concorrência do cônjuge na separação convencional têm-se valido desse argumento.⁵⁹⁸ Antes, reconhecem que a referência ao parágrafo único do artigo 1640 decorre de um equívoco do legislador. Apesar

⁵⁹⁷ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 9028943-35.2004.8.26.0000, Relator José Roberto Bedran, 2.ª Câmara de Direito Privado, j. em 22/02/2005, v.u.

⁵⁹⁸ O próprio autor antes citado, um dos que mais enfaticamente se posiciona em sentido contrário à concorrência no regime da separação convencional, admite: “Equivocou-se, porém, o legislador ao invocar o art. 1.640, parágrafo único, logo após referir-se à separação obrigatória de bens, induzindo o leitor desavisado a inferir que o artigo citado refere-se ao regime de separação obrigatória de bens quando, na realidade, o artigo invocado refere-se ao regime da comunhão parcial de bens. Melhor seria que o texto não invocasse qualquer artigo, limitando-se a arrolar os regimes de bens geradores da quebra da regra geral”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027), p. 278). Para sermos mais exatos, convém esclarecer que o artigo 1.640, parágrafo único, não se refere apenas ao regime da comunhão parcial. Primeiramente, o dispositivo tem o propósito de conceder aos nubentes a liberdade de escolha de qualquer regime; em seguida, salienta que na opção pelo regime da comunhão parcial não há necessidade de escritura pública: “Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas”.

disso, não poderíamos deixar de enfrentar essa questão.

Se considerássemos que a referência ao artigo 1.640, parágrafo único, está correta, teríamos que concluir que a menção à “separação obrigatória” é que foi equivocada. A partir daí, seríamos obrigados a admitir que o único caso em que o cônjuge não herdaria seria o regime da separação resultante de pacto antenupcial, ou seja, a separação convencional. Tal entendimento geraria uma confusão ainda maior, pois, nesse caso, o regime em que o cônjuge concorreria com os descendentes seria o da separação obrigatória, o que foge a toda lógica. O problema concentra-se na constatação de que a lei se refere expressamente a uma espécie de separação (obrigatória), mas a fundamenta em dispositivo que parece tratar da outra (convencional).

A maioria da doutrina, todavia, sustenta que o dispositivo exclui o cônjuge da sucessão apenas no regime de separação imposto por lei, nos casos do artigo 1.641 do Código Civil, tendo ocorrido apenas um equívoco na menção da lei ao artigo 1.640, parágrafo único. Ao mesmo tempo, a simplicidade com que alguns tratam esse erro também não pode ser aceita, visto que o artigo 1.641 não possui sequer parágrafo único. Tudo isso faz com que a real intenção do legislador seja, de fato, desconhecida.⁵⁹⁹

Sem embargo de respeitáveis opiniões em sentido contrário, tem prevalecido o entendimento de que pouco importa o que o legislador tenha intencionado, sendo determinante a vontade autônoma adquirida pela própria lei. Nesse sentido, Inacio Bernardino de Carvalho Neto, em tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, posteriormente publicada, refutando o raciocínio desenvolvido por Miguel Reale, explica:

Não é possível aceitar a expressão “separação obrigatória” com um sentido tão amplo, pois justamente o termo “obrigatória” tem o fim de limitar a uma das espécies de regimes de separação, contrapondo-se à separação convencional, que é a outra espécie. Assim, se a lei expressamente se referiu à separação obrigatória, naturalmente quis restringir a esta espécie de separação, não abrangendo a outra (convencional). Pode até ser que não fosse esta a *mens legislatoris* (de

⁵⁹⁹ É digno de nota que, no texto original do Projeto de Lei n.º 634/75, o artigo 1.876, inciso I (atual art. 1.829, inciso I) já fazia menção ao artigo 1.695, parágrafo único (atual art. 1.640, parágrafo único), que na sua redação primitiva previa a possibilidade de opção pelo regime da comunhão universal. O artigo 1.696 (atual art. 1.641) nunca teve parágrafo único. Esse elemento histórico demonstra quão é difícil descobrir-se o que o legislador intencionava, verdadeiramente.

que o autor está mais do que autorizado a falar), mas é certamente a *mens legis*, que deve prevalecer.⁶⁰⁰

Quanto à alegação de falta de coerência no tratamento diferenciado entre as duas espécies de separação, dependendo de o regime ter sido escolhido pelos nubentes ou imposto pela lei, merecem ser feitas algumas breves observações.

Poder-se-ia alegar que não há razão para tratar de modo diferenciado o cônjuge nas duas espécies de separação, legal e convencional. No entanto, há que se admitir que na separação obrigatória é a própria lei que não deseja que o casamento seja causa de transmissão patrimonial — enquanto na separação convencional isso decorre de um pacto válido durante o matrimônio —, mantendo o legislador sua intenção mesmo após o término do casamento. Daí não ser absurda a distinção no direito sucessório.

Além disso, quando a lei impõe o regime da separação, ela visa à proteção de um dos cônjuges ou de terceiro, ao passo que, quando o regime decorre da escolha dos nubentes, ele pode se originar de manifestação de vontade egoísta e irrefletida, que venha a prejudicar um dos cônjuges após um casamento de longos anos.

A principal razão para a manutenção do tratamento sucessório diferenciado nesses dois regimes, contudo, decorre do fato de que, pela Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, no regime da separação legal comunicam-se os bens adquiridos durante o casamento, o que não mais ocorre atualmente com o regime da separação convencional, visto que o Código Civil de 2002 não contém dispositivo equivalente ao artigo 259 do Código anterior. Outrossim, na separação obrigatória o cônjuge terá normalmente a meação de determinados bens, enquanto no regime da separação convencional, em regra, isso não ocorrerá. Até por tal razão, é importante que ele seja herdeiro.

Seja como for, as regras excepcionais e as de restrição de direitos não admitem interpretação extensiva ou aplicação analógica. Se o Código só afasta da sucessão o cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória, pode-se concluir que no da separação facultativa ou convencional o cônjuge é herdeiro.

Não desconsideramos que alguns autores criticam fortemente o dispositivo legal. Maria Berenice Dias, por exemplo, refere-se à incongruência da lei, que se esqueceu de

⁶⁰⁰ CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**, p. 130.

incluir entre as exceções ao direito de concorrência o regime da separação convencional.⁶⁰¹

Não cremos que tenha se tratado de esquecimento. A não inclusão do regime de separação convencional entre as hipóteses em que o cônjuge não concorre com os descendentes parece-nos proposital, fruto de uma escolha — ainda que não a melhor — do legislador.

Aqueles que criticam a lei não raro imaginam que, ao optarem por um regime de separação, os cônjuges intencionam evitar toda e qualquer participação de um no patrimônio do outro, como se o casal precisasse sempre fugir de desejos interesseiros e motivações suspeitas na vida em comum. Parte-se normalmente do pressuposto de que, no regime da separação convencional, o falecido não desejaria agraciar o consorte supérstite com parte de seu patrimônio. Mas essa suposição nem sempre é verdadeira. Pode ser que, ao optarem pelo regime de separação, os nubentes não quisessem a comunicação do patrimônio durante o casamento, a fim de evitar que, na hipótese de eventual divórcio, houvesse prejuízo financeiro para o cônjuge que tivesse se empenhado mais na aquisição dos bens. Isso não significa que, ao falecer um deles, gostaria de deixar na miséria o outro, que com ele permaneceu fielmente até o triste momento do óbito.

Ao invés disso, é possível que o marido até desejasse que, diante de sua morte, sua esposa ficasse com parte de seu patrimônio, de modo a não sofrer necessidades materiais. Se essa era sua intenção, pode ser que, confiando na dicção legal, escolheu um regime de bens que amparasse sua amada, quando ele viesse a faltar. Talvez também por esse motivo, sem contar o fato de que foi atingido de surpresa pelo desditoso evento que lhe ceifou a vida prematuramente, deixou de se preocupar em elaborar um testamento. De qualquer modo, como quer que seja e fosse, a lei se encarregaria de proteger o cônjuge viúvo. A esposa não haveria de ficar entregue ao desamparo financeiro. Afinal, a lei só lhe retiraria o direito sucessório na hipótese de “separação obrigatória”, não convencional.

Entretanto, alega-se, às vezes, que esse direito à herança poderia estimular o cônjuge a desejar a morte do outro, a fim de poder receber parte do patrimônio. Na

⁶⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, p. 156. Verbera a autora: “Entre as exceções ao direito de concorrência, a lei esqueceu de citar este regime de bens (CC 1.829 I). Com isso, acaba o cônjuge sobrevivente brindado com parte dos bens do falecido, ainda que não tenha sido este o desejo do casal. Sob o fundamento de não haver direito de meação é assegurado o direito de concorrência. Ao firmarem o pacto, elegendo o regime da separação de bens, afastaram qualquer efeito patrimonial do casamento. Desrespeitar a expressa manifestação de quem tem a disponibilidade sobre seus bens fere de morte o princípio de respeito à autonomia da vontade”. (Ibidem, loc. cit.).

realidade, porém, parte-se de uma premissa de que os cônjuges são inimigos, pensamento tão ignominioso quanto à própria presunção de má fé que decorre das imposições do regime de separação pela lei, sob a questionável justificativa de evitar casamentos motivados exclusivamente por interesse patrimonial. Se essa é a razão do regime de separação, então o casamento nem deveria ser celebrado, já que existe uma presunção absoluta da má-fé de um dos nubentes. A esse respeito, cumpre salientar que só deveriam existir tais imposições quando ameaçados direitos de terceiros por conta da possibilidade de confusão patrimonial (inciso I do art. 1.641 do CC). Quanto à possibilidade de prejuízo para os cônjuges, estes é que deveriam analisar tal problema e decidir pela separação do patrimônio, ou não, de acordo com sua conveniência.

Há que se questionar, ademais, a própria constitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação aos nubentes que tiverem mais de 70 anos, por violar sua liberdade e ferir sua dignidade. Em relação aos incapazes, não se pode esquecer que o próprio casamento promoverá sua emancipação, não sendo razoável que em todos os casos de casamento dependente de autorização judicial deva-se estabelecer a separação de bens. Deveria ter o magistrado, nessas situações, o poder de analisar a ocorrência ou não de prejuízo, afastando a separação obrigatória quando nenhum dano estivesse presente. Não se desperceba, por fim, que a pretensa proteção ao incapaz não raro se converte em seu principal malefício, nos casos em que, por exemplo, somente o marido exerce atividade remunerada e coloca todo o patrimônio em seu nome, em possível prejuízo à esposa que com ele viveu muitas décadas, supostamente protegida por uma lei que só lhe prejudicou.

A aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal revelou, em inúmeros casos, a impertinência de uma separação absoluta. A omissão do legislador acerca da possibilidade de comunicação patrimonial sob o regime de separação obrigatória, ao lado do afastamento da sucessão do cônjuge, é verdadeiramente injustificável. A incoerência é ainda mais manifesta, conforme já salientado, ao verificarmos que o cônjuge concorre com os pais do falecido nesse mesmo regime de bens e recebe a totalidade do patrimônio, preferencialmente aos irmãos do finado, diante da inexistência de descendentes e ascendentes.

De fato, há quem sustente que, por uma interpretação sistemática do Código Civil, não há como se outorgar a um cônjuge bens dele excluídos por conta do regime de bens convencionado entre o casal. Essa interpretação, porém, levar-nos-ia à conclusão de que o

cônjuge casado por igual regime não poderia herdar em concorrência com os ascendentes, nem tampouco como herdeiro único. No entanto, esse raciocínio contrariaria frontalmente a determinação dos incisos II e III do artigo 1.829 e, por tal motivo, não tem sido sustentado por ninguém na doutrina. Se assim é, a coerência faz-nos admitir que um regime de separação, não obstante impeça a comunicação de bens durante o casamento e também por ocasião de eventual divórcio, não objeta inexoravelmente a que um cônjuge receba como herança parte desses bens por ocasião da morte do outro. E, dentro dessa concepção, não é absurdo permitir-se a concorrência do cônjuge com os descendentes em alguma modalidade do regime de separação de bens, embora não em todas.

4.4.5.1 Divergência Jurisprudencial Acerca da Matéria

Segundo a linha que sustenta que, no regime da separação convencional, o cônjuge não herda em concorrência com os descendentes, a esposa, ainda que tivesse o direito real de habitação, não receberia a propriedade de nenhum bem do marido falecido. Esse entendimento, que se coaduna com as ponderações de Miguel Reale, chegou a ser aplicado no ano de 2007 no Tribunal de Justiça de São Paulo. Consta do voto do relator:

O Código Civil investiu no instituto da separação de bens, conferindo aos cônjuges liberdade plena na escolha do regime e inovadora na administração, alienação e modo de fruição de seus bens.

É certo que a lei fala no regime da separação obrigatória ao excluir a participação do cônjuge sobrevivente na qualidade de herdeiro. Entretanto, não há qualquer fundamento jurídico para dar tratamento desigual entre os institutos da separação obrigatória e o da convencional.

Uma leitura apressada do artigo 1.829, I do Código Civil poderia levar a concluir que o cônjuge sobrevivente também seria herdeiro no caso de regime de bens de separação convencional e não a obrigatória.

Significaria que, como a regra geral é a de que o cônjuge é herdeiro (diz o artigo 1.829, inc. I que ele é herdeiro “salvo” nas hipóteses ali mencionadas), não poderia o intérprete criar exceções não previstas na lei, máxime quando elas são restritivas de direito. Busca-se lição no Prof. MIGUEL REALE (in “Estudos Preliminares do Código Civil”, 2003) que sustenta que a redação legal resultou “infeliz”, posto que quando os nubentes optam, antes do casamento, pela separação de bens ela se torna “obrigatória” por se tratar de consequência necessária do pacto antenupcial. Segundo tal posicionamento, interpretação diversa, praticamente acabaria com o regime da separação de bens, contemplado pelos artigos 1.639 e 1.687 do mesmo Código. Além disso, estaria ferido

o princípio da boa-fé na medida em que se estaria contraditando escolha já realizada pelos nubentes quanto ao regime de bens, que se entende, fora fruto de uma livre expressão da vontade. Seria violar a liberdade exercida pelos cônjuges, inclusive, a de contratar. [...]

Tem-se que a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário não se aplica aos que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, ainda mais quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens.

Sendo assim, a obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes. Bem por isso, é correto afirmar que a expressão “separação obrigatória” não é aplicável somente aos casos relacionados nos incisos do artigo 1.641, mas a quaisquer casos de separação total.⁶⁰²

Trata-se, todavia, de decisão quase isolada na Corte paulista. Anteriormente, o Tribunal de Justiça de São Paulo sempre considerara que o cônjuge seria herdeiro quando casado com o falecido no regime da separação convencional de bens, como se depreende do seguinte julgado, de 2003, cuja ementa foi assim redigida:

EMENTA: Inventário – Viúva casada com o autor da herança no regime de separação convencional de bens – Direito à sucessão legítima em concorrência com a filha do falecido – Inteligência do art. 1.829, I, do Código Civil – Vedação que somente ocorre, entre outras causas, se o regime de casamento for o de separação obrigatória de bens – Recurso improvido.⁶⁰³

Esse caso, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, refere-se exatamente à questão que ora consideramos. O regime de bens adotado pelo falecido e a agravada foi o da separação convencional de bens, razão pela qual entenderam os julgadores que era de ser deferida à agravada a sucessão legítima em concorrência com a agravante, filha do falecido. Consta do corpo do acórdão:

Não há que se confundir, como o faz a agravante, o regime da separação convencional de bens com o regime da separação obrigatória de bens. O regime de separação obrigatória de bens no casamento se dá quando presentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 1.641, do Código Civil. Por outro lado, o regime de separação convencional se dá quando os nubentes assim o quiserem adotar, instituindo-o através de convenção antenupcial (art. 1.639), caso em que se tem a separação convencional.

⁶⁰² TJSP, Apelação Cível n.º 535.332-4/6-00, Relator Des. Beretta da Silveira, Comarca de Santos, 3.ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27 nov. 2007, votação unânime.

⁶⁰³ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 313.414-4/1-00, Relator Des. Flavio Pinheiro, Comarca de Barretos, 3.ª Câmara de Direito Privado, julgado em 4 nov. 2003, votação unânime.
Data de registro: 25/11/2003.

Portanto, se a ora agravada e o falecido não se encontravam em nenhuma daquelas hipóteses previstas no art. 1.641, do Código Civil, casaram-se no regime de separação de bens não por imposição legal da lei, mas porque livremente convencionaram em pacto antenupcial. Dessa forma, tem a agravada direito à sucessão legítima em concorrência com a ora agravante.

Em outro caso semelhante, julgado em 2006, mais uma vez entendeu a Corte paulista que, no regime da separação convencional de bens, o cônjuge seria herdeiro, em decisão assim ementada:

EMENTA: Agravo de instrumento – Inventário – Determinada a retificação do plano de partilha para excluir o cônjuge sobrevivente devido ao regime da separação convencional de bens – Inadmissibilidade – O regime da separação de bens que afasta o cônjuge sobrevivente da sucessão é o obrigatório – Inteligência do artigo 1.829, do Código Civil – Recurso provido.⁶⁰⁴

Neste caso, a agravante insurgiu-se contra sua exclusão da sucessão de seu marido, falecido em 24 de janeiro de 2006. A agravante e o *de cujus* se casaram sob o regime da separação convencional de bens e tiveram um filho. O Tribunal aplicou o artigo 1.829, I, do Código Civil, no sentido de que o regime da separação de bens, somente quando obrigatório, afasta a qualidade de herdeiro do cônjuge sobrevivente.

Em outro processo julgado no mesmo ano, foi decidido, semelhantemente, que ao cônjuge sobrevivente que fora casado com o falecido sob o regime da separação convencional há que ser conferida a qualidade de herdeiro legítimo, em concorrência com os descendentes. Segundo o acórdão, o regime da separação convencional de bens se opõe ao da separação obrigatória, não se enquadrando, portanto, na exceção legal. Em consequência, havendo herdeiros descendentes, estes devem herdar em concorrência com o cônjuge sobrevivente.⁶⁰⁵

Como ressaltado, porém, após vários julgamentos no mesmo sentido, somente em 2007 novo caso foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em sentido diverso, rechaçando da herança o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de

⁶⁰⁴ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 465.233-4/0-00, Relator Des. Oldemar Azevedo, Comarca de Assis, 5.ª Câmara de Direito Privado, julgado em 8 nov. 2006, votação unânime.

⁶⁰⁵ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 437.322.4/6-00, Relator Des. João Carlos Saletti, Comarca de São Paulo – Foro Regional do Tatuapé, 10.ª Câmara de Direito Privado, julgado em 14 nov. 2006, votação unânime.

bens.⁶⁰⁶

Cabe-nos indagar, na resolução do problema: trata-se de decisão isolada ou passariam os desembargadores, a partir daquele momento, a adotar posicionamento diverso? Como ficariam então as expectativas legítimas da viúva, surpreendida pela mudança injustificada de interpretação da lei? E se seu processo houvesse sido julgado anteriormente? E se o processo de inventário fosse aberto em outro Estado?

Percebe-se, desde logo, a insegurança jurídica criada pela interpretação divergente de uma norma jurídica confusa e mal elaborada. De qualquer modo, convém analisarmos o posicionamento adotado pelos Tribunais de Justiça de outros Estados da Federação.

Além do Estado de São Paulo, somente no Paraná se encontra clara decisão que interpretou o artigo 1.829, I, no sentido de não permitir a sucessão em respeito à incomunicabilidade de bens acordada em pacto antenupcial. Com supedâneo em uma pretensa interpretação sistemática dos dispositivos que tratam dos regimes de bens, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça paranaense afastou da sucessão cônjuge que fora casada pelo regime da separação convencional, em decisão assim ementada:

Agravos de instrumento – Inventário – Insurgência contra a decisão que incluiu o cônjuge sobrevivente como herdeira necessária do *de cujus* – Regime de separação convencional de bens – Art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 – Interpretação sistemática de textos e princípios jurídicos – Abrangência dos arts. 1.513, 1.639, 1.641 e incisos, 1.647 e 1.687, do mesmo Código Civil, e arts. 1.º e 5.º da Constituição Federal – Efeitos e relevância da vontade manifestada pelos cônjuges quando do casamento – Exercício da liberdade lhes assegurada pela legislação civil e pela Carta Magna – Princípios da boa-fé e isonomia – Recurso provido.⁶⁰⁷

Em alguns Estados da Federação, as decisões não deixam evidente se o regime da separação convencional comporta ou não a concorrência do viúvo com filhos ou netos do falecido.

No Maranhão, por exemplo, há decisão que nega ao cônjuge o direito à herança, sem deixar claro o acórdão, porém, se o regime da separação decorreu da imposição da lei ou da escolha dos nubentes. A decisão, aliás, pouco contribui para o deslinde da *vexata*

⁶⁰⁶ TJSP, Apelação Cível n.º 535.332-4/6-00, Relator Des. Beretta da Silveira, Comarca de Santos, 3.ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27 nov. 2007, votação unânime.

⁶⁰⁷ TJPR, Agravo de Instrumento n.º 316.946-4, Relator Des. Cunha Ribas, 11.ª Câmara Cível, julgado em 14 fev. 2007, votação unânime, *apud* CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**, p. 167.

quaestio, visto que, *data maxima venia*, contém uma série de equívocos. Afirma-se, por exemplo, que “a lei que regula a legitimação para suceder é aquela vigente à época da abertura da sucessão e não ao do falecimento do *de cujus*”, como se cada evento correspondesse a fato diferenciado e ocorresse em data diversa. Ademais, após declarar que “a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes dependerá do regime de bens do casamento, não acontecendo se o regime foi o da comunhão universal ou o da separação obrigatória”, a decisão deixa de reconhecer a sucessão do cônjuge num caso que parece tratar-se de regime de separação convencional.⁶⁰⁸

De modo similar, no Tribunal de Justiça do Espírito Santo há decisão que aborda, sem muita clareza, o tema aqui analisado. Verifica-se que a viúva possuía conta conjunta com seu falecido marido, com quem era casada no regime de separação de bens. Constatase, ainda, que o *de cujus* antes do casamento possuía três aplicações financeiras, para as quais ela jamais contribuíra, consoante farta documentação. Com base nisso, o Relator, Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, expressou entendimento de que a viúva não teria direito ao referido patrimônio.⁶⁰⁹ Para fundamentar sua decisão, citou o artigo 276 do Código Civil de 1916, que trata do regime de separação convencional de bens — o qual parece ter sido o regime no caso concreto —, invocando, em seguida, o artigo 1.829, I, do Código de 2002, para concluir que, no regime da separação obrigatória, o cônjuge não teria direito à herança, caso o falecido deixasse descendentes. Diante disso, parece-nos que o Tribunal conferiu interpretação ampliativa ao inciso I do artigo 1.829, a fim de restringir direitos do cônjuge supérstite, de modo que o patrimônio do falecido ficasse inteiramente

⁶⁰⁸ TJMA, Agravo de Instrumento n.º 31.580/2003, Relator Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf, 1.ª Câmara Cível, julgado em 2 set. 2004. Consta ainda do voto do relator: “Nesse passo, considerando que a agravada casou com o *de cujus* em 16 de setembro de 2002 sob o regime de separação de bens, não poderá, portanto, concorrer com o descendente, ora agravante, que é filho do falecido. Sendo assim, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal, parcial de bens e separação obrigatória de bens), o legislador só abriu a possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente retomará a sua massa de bens particulares”.

⁶⁰⁹ Consta do voto do relator: “Determina o art. 276 do CC/16 que ‘quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, I, 242, II, e 310)’, donde se incluem aplicações financeiras, ainda que após o matrimônio sejam depositadas em conta conjunta. Enquanto o inciso I do artigo 1.829 do CC/02 excluiu o cônjuge sobrevivente casado no regime da separação obrigatória de bens da sucessão legítima em concorrência com os descendentes. Diante desse quadro fático-jurídico, havendo o *de cujus* transferido todos os seus investimentos, quando ainda em vida, para seus descendentes (sucessores legítimos), nega-se provimento ao pedido da apelante de indenização pelos valores em destaque, seja por não ser meeira, seja por não ser sucessora, máxime em se verificando que os recursos foram depositados na conta corrente de quem, hoje, de direito”. (TJES, Apelação Cível n.º 035040098531, Relator Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, 2.ª Câmara Cível, julgado em 1.º set. 2009).

com seus filhos.

Há que se indagar, entretanto, se tal hermenêutica não viola disposição literal da lei, confundindo o regime da separação obrigatória com o da separação convencional. Ainda que os desembargadores tenham considerado a decisão justa no caso concreto — diante do que parece ter sido a vontade do *de cuius* —, é ela realmente jurídica? Ou estaria a violar os princípios básicos do nosso ordenamento e a própria lei? Afinal, se o dispositivo é claro ao excluir da sucessão apenas o cônjuge casado sob o regime imposto pela lei, pode o intérprete afastar da herança quem é casado sob circunstância diversa? Ou seria de se aplicar o brocado “*in claris cessat interpretatio*”, ou, ainda, “*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*”?

No Estado do Rio de Janeiro, até março de 2011 ainda não se encontravam propriamente decisões semelhantes às aqui analisadas. Em pesquisa realizada no *site* do Tribunal de Justiça, foram obtidos apenas alguns poucos acórdãos relativos ao regime da separação obrigatória. Consta da decisão proferida pela 3.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, referente à aplicação do artigo 1.829, I, do Código Civil: “Observa-se da leitura do dispositivo legal que o cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória não é herdeiro se o falecido deixar descendentes. Essa é a regra que aqui há de ser aplicada, não sendo a agravante herdeira do falecido”.⁶¹⁰

De qualquer modo, observava-se que o cônjuge não era considerado herdeiro em concorrência com os descendentes somente se fosse casado com o falecido no regime da separação obrigatória, assim entendido aquele decorrente de imposição legal, o que, numa interpretação *a contrario sensu*, levava-nos à conclusão de que no regime da separação por escolha dos nubentes haveria o direito hereditário do cônjuge.⁶¹¹

No Rio Grande do Sul, há pertinente decisão proferida pela 7.^a Câmara Cível, cuja ementa foi assim redigida:

⁶¹⁰ TJRJ, Agravo de Instrumento n.º 2009.002.29780, Relatora Des. Helena Candida Lisboa Gaede, 3.^a Câmara Cível, julgado em 10 ago. 2009.

⁶¹¹ É digno de nota que apenas em abril de 2011 surgiram duas decisões no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negaram o direito do cônjuge supérstite à concorrência no regime da separação convencional de bens: Agravo de Instrumento n.º 0057314-50.2010.8.19.0000, Relator Des. Marcelo Buhatem, 4.^a Câmara Cível, julgado em 20 abr. 2011; Agravo de Instrumento n.º 0057663-53.2010.8.19.0000, Relator Des. Marcelo Buhatem, 4.^a Câmara Cível, julgado em 20 abr. 2011. Em ambos os casos, porém, o Des. Sergio Jeronimo A. Silveira, por seu voto, reconheceu o direito à sucessão do cônjuge, sob o fundamento de que “o regime da separação convencional de bens não foi excepcionado ou ressalvado, sendo lícito ao intérprete concluir que, nessa hipótese, haverá a aludida concorrência”.

Ementa: INVENTÁRIO. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS FILHOS. CABIMENTO. 1. A lei que rege a capacidade sucessória é aquela vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência dos art. 1.787 do CCB. 2. Tendo o casamento sido realizado pelo regime da separação convencional de bens, o cônjuge supérstite deve ser chamado para suceder, concorrendo com os filhos do casal aos bens deixados pelo falecido. Inteligência do art. 1.829, inc. I, do CCB.⁶¹²

De acordo com o relatório, sustentaram os recorrentes que a viúva não poderia suceder em igualdade de condições com os filhos do *de cujus*, pois teria se casado com o falecido sob o regime da separação total convencional de bens. Argumentaram ser inconstitucional o inc. I do artigo 1.829 do Código Civil. Alegaram ainda que a norma somente teria aplicabilidade aos casamentos celebrados após 11 de janeiro de 2003. Afirmaram, por fim, que o pacto antenupcial é regido pelo direito obrigacional e que o seu distrato, ou modificação do regime de bens adotado livremente, exigiria a presença de ambos os contratantes, uma vez que o pacto faz lei entre as partes.

Segundo o voto do Relator, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, seguido, em votação unânime, pelos Desembargadores Ricardo Raupp Ruschel e Maria Berenice Dias, “as questões postas no recurso mostram-se até singelas, *data venia*, sendo flagrante o equívoco dos recorrentes, que confundem regime de bens com título de vocação hereditária”. Lemos no voto condutor do acórdão:

Quanto ao primeiro ponto de irresignação, lembro que o casamento gera efeitos de cunho patrimonial, tanto que os nubentes, ao casarem, constituem uma verdadeira sociedade conjugal. E essa sociedade é regida por um regime de bens, que é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento, e é, na verdade, o estatuto patrimonial dos consortes.

Esse regime de bens deve decorrer da livre escolha dos nubentes, salvo quando a lei impõe determinado regime, diante de situações peculiares.

Convém frisar, ainda, que a morte é causa extintiva da sociedade conjugal, sendo que o regime de bens baliza apenas as relações patrimoniais durante a vida conjugal. Ou seja, as questões sucessórias são regidas pela lei.

Sob a égide do Código de 1916, o regime de bens tinha uma influência mínima no que tange à sucessão, estabelecendo apenas se o cônjuge tinha direito real de habitação ou usufruto legal. Já no Código Civil em vigor, o regime de bens estabelece os casos em que o cônjuge é herdeiro necessário e qual a participação que tem como herdeiro [...].

⁶¹² TJRS, Agravo de Instrumento n.º 70020919817, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7.ª Câmara Cível, julgado em 24 out. 2007.

A grande alteração verificada foi, na verdade, que restou ampliada a participação do cônjuge supérstite, passando a ser herdeiro necessário (art. 1.845) e, também, a concorrer com os descendentes, em determinadas hipóteses, e concorrendo sempre com os ascendentes.

Ou seja, a sucessão legítima deferida aos descendentes conta agora com a concorrência do cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou, ainda, no da comunhão parcial, quando o autor da herança não tiver deixado bens particulares. É o que se vê cristalinamente no art. 1.829, inc. I, do Código Civil.

De qualquer sorte, é importante lembrar que, tirante essas hipóteses de concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes, o regime de bens não afeta em absolutamente nada a ordem de vocação hereditária. Ou seja, tanto sob a égide do Código de 1916 (art. 1.603, inc. III), como sob a atual codificação (art. 1.829, inc. III), o cônjuge ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Assim, se o autor da herança não tiver descendentes nem ascendentes e for casado, o cônjuge será o único herdeiro, independentemente do regime de bens que reger o casamento. Aliás, o art. 1.838 do Código Civil tem clareza solar quando dispõe que “em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”, sendo que tal disposição reprisa o que dispunha o art. 1.611, *caput*, do Código revogado. [...].

No caso em exame, portanto, a recorrida concorre com os dois filhos do casal aos bens particulares deixados pelo falecido, consoante dispõe, de forma cristalina, o art. 1.829, inc. I, do Código Civil [...].

Como se infere, a regra é a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, sendo que a lei elenca expressamente as hipóteses em que essa regra é excepcionada. E, entre as exceções, não está contemplado o regime da separação convencional.⁶¹³

Em Santa Catarina, acórdão proferido pela 2.^a Câmara de Direito Civil afastou da sucessão o cônjuge supérstite sob o fundamento de que “o cônjuge sobrevivente não possui direito à legítima, em concorrência com os descendentes, ora agravados, no particular, se o regime de bens for o de separação obrigatória”.⁶¹⁴

O acórdão seguiu, porém, o entendimento expresso no Enunciado 270 do Conselho da Justiça Federal, elaborado na III Jornada de Direito Civil, *ad litteram*:

Enunciado 270: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da **separação convencional** de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a

⁶¹³ TJRS, Agravo de Instrumento n.º 70020919817, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7.^a Câmara Cível, julgado em 24 out. 2007.

⁶¹⁴ TJSC, Agravo de Instrumento n.º 2006.017309-5, Relator Des. Mazoni Ferreira, 2.^a Câmara de Direito Civil, julgado em 14 dez. 2007, votação unânime.

concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. (grifo nosso)

Nos termos do referido enunciado, o cônjuge concorreria à sucessão se fosse casado pelo regime da separação convencional.

No Tribunal de Justiça do Mato Grosso foi localizado um processo acerca da problemática envolvida no caso sob análise. Lê-se na ementa de acórdão proferido pela 5.^a Câmara Cível:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE RECONHECEU A CÔNJUGE SOBREVIVENTE, CASADA SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL BENS (CONVENCIONAL / VOLUNTÁRIO) COMO HERDEIRA NECESSÁRIA DO *DE CUJUS* – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.845 DO CC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O Código Civil/02 fez significativa alteração na ordem de vocação hereditária, colocando o cônjuge dentre os herdeiros necessários (artigo 1.845), ao lado dos ascendentes e descendentes.

O casamento sob o regime de separação total de bens, na modalidade convencional / voluntário, nos termos do Código Civil vigente, não impede que a cônjuge sobrevivente seja sucessora do autor da herança, concorrendo em igualdade de condições com os demais herdeiros.⁶¹⁵

No voto, foram mencionadas as palavras do parecer da Procuradora de Justiça, que, por sua pertinência em relação ao tema, merecem ser aqui reproduzidas:

Prima facie, há que se ponderar que o novo Código Civil, introduzido no ordenamento jurídico por intermédio da Lei nº 10.406/2002, contempla, dentre os regimes de bens, o da separação de bens, que se subdivide em duas espécies, a saber: separação convencional de bens, insculpida no art. 1687 desse diploma, e, separação obrigatória, que está regulamentada no art. 1641.

O regime de separação de bens convencional, por sua vez, encontra sua razão de ser na vontade dos nubentes, e, por isso, reclama pacto antenupcial; já a separação obrigatória, decorre de lei e independe da vontade das partes.

No caso em tela, quando da elaboração do pacto antenupcial, depreende-se que os nubentes não se enquadravam em nenhuma das hipóteses previstas no art. 1.641 do Código Civil, razão pela qual adotaram o regime de separação convencional de bens, à luz da respectiva escritura pública inclusa nos autos [...].

⁶¹⁵ TJMT, Agravo de Instrumento n.º 57454/2009, Relator Des. Leônidas Duarte Monteiro, 5.^a Câmara Cível, julgado em 21 out. 2009.

Com efeito, de se concluir que não se inclui na exceção ali prevista a hipótese de cônjuge sobrevivente casada sob o regime de separação convencional de bens, como é a presente demanda [...].

Daí que, considerando que no caso, a agravada quando contraiu casamento com o *de cujus* não havia qualquer impedimento legal para que o casamento fosse realizado por qualquer regime, e, levando-se em consideração que eles deliberaram pelo regime de separação de bens de forma convencional, outra conclusão não pode ser senão o credenciamento da agravada como herdeira necessária do *de cujus* [...].⁶¹⁶

Semelhante decisão foi localizada no Estado do Mato Grosso do Sul, cujo Tribunal de Justiça manifestou entendimento de que, “na separação convencional, o cônjuge tem direito à concorrência com os descendentes, uma vez que o regime acima não está abrangido pelas exceções trazidas no inciso I do art. 1.829 do CC”.⁶¹⁷ Consta do acórdão:

Com a vigência do Novo Código, a exemplo do anterior, existem dois tipos de separação de bens no casamento, quais sejam: o convencional, como o próprio nome diz, resultante da convenção entre os nubentes, através de pacto antenupcial, regrado pelos artigos 1.687 e 1.688 do CCB; e o obrigatório, resultante do casamento em que certas circunstâncias previstas em lei impõem que este seja celebrado exclusivamente com adoção do regime de separação legal obrigatória (art. 1.641). [...] Assim, pelo que se observa, na separação convencional, o cônjuge tem direito à concorrência com os descendentes, uma vez que o regime acima não está abrangido pelas exceções trazidas no inciso I do art. 1.829 do CC.

Nesse mesmo sentido, no Tribunal de Justiça de Rondônia encontra-se interessante decisão, pela qual se reconheceu o direito do cônjuge sobrevivente à herança do falecido, nos termos da ementa: “O cônjuge supérstite casado em regime de separação total de bens, na modalidade convencional, tem direito a concorrer em igualdade de condições com os

⁶¹⁶ TJMT, Agravo de Instrumento n.º 57454/2009, Relator Des. Leônidas Duarte Monteiro, 5.ª Câmara Cível, julgado em 21 out. 2009.

⁶¹⁷ TJMS, Agravo de Instrumento n.º 2007.000087-4/0000-00, Relator Des. Rêmolio Letteriello, 4.ª Turma Cível, julgado em 17 abr. 2007.

descendentes do autor da herança”.⁶¹⁸

Diferentemente, no Tribunal de Justiça de Pernambuco, decidiu-se que deve ser considerada herdeira a viúva casada com o falecido pelo regime da separação não obrigatória de bens: “O inciso I do art. 1.829 do Código Civil diz que só não haverá sucessão legítima do cônjuge sobrevivente em três hipóteses, no regime da comunhão universal, no regime da separação obrigatória de bens ou, no regime da comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares.” No caso concreto, como a viúva casou-se sob o regime da separação convencional, “tem direito ao quinhão hereditário, por ser herdeira necessária concorrente”.⁶¹⁹

De modo semelhante, no Tribunal de Justiça do Pará igualmente se reconheceu a concorrência dos descendentes com o cônjuge que fora casado com o falecido pelo regime da separação convencional:

Ementa: Agravo de instrumento. Direito de família – sucessão – cônjuge sobrevivente – contemplado como herdeiro necessário – inteligência do art. 1.829 do Código Civil. I – Admite-se o cônjuge casado pelo regime voluntário de separação de bens como herdeiro necessário concorrendo com os descendentes em iguais partes no inventário. O verdadeiro sentido do inciso I do artigo 1.829 do novo Código Civil é segundo o qual a sucessão legítima cabe, em primeira linha, aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória de bens (artigo 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da

⁶¹⁸ TJRO, Apelação Cível n.º 100.007.2006.004669-8, Relatora Juíza Sandra Aparecida Silvestre de Frias Torres, 2.ª Câmara Cível, julgado em 25 jul. 2007. Consta do bem redigido voto da relatora: “Diante desses elementos, concluímos que a apelante era casada com o autor da herança no regime de separação de bens, na modalidade convencional, fato que a habilita a suceder em concorrência com os apelados. Para o deslinde da causa e confirmação deste raciocínio, valiosa é a lição de Nelson Nery Júnior e Maria Rosa Andrade Nery, na obra já citada neste voto: O cônjuge sobrevivente sob o regime da separação convencional de bens (CC 1687 e 1688) não é alcançado pela exceção do CC 1829 I, que se refere, apenas e expressamente, ao regime da separação obrigatória que, no sistema do CC, não se confunde com o da separação convencional. Como o CC 1829 I estabelece exceção à regra geral sobre sucessão do cônjuge (CC 1830 e 1845), essa exceção deve ser interpretada restritivamente, como manda o princípio de hermenêutica *exceptiones strictissimae interpretationis* (Maximiliano, Hermenêutica, ns. 235 e 271, pp. 205 e 225). A regra do CC 1845, para os fins do CC 1829 I, aplica-se ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional. Havendo herdeiros descendentes, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional de bens é herdeiro necessário em concorrência com esses mesmos descendentes do *de cujus* (ob. cit., p. 843). Estabelecida a condição de herdeira da apelante, temos que a mesma participará em igualdade de condições com os apelados, cabendo a ela quinhão equivalente ao deles”.

⁶¹⁹ TJPE, Agravo de Instrumento n.º 0002834-50.2008.8.17.0000 (166848-4), Relator Des. Francisco Eduardo Gonçalves Sertorio Canto, 3.ª Câmara Cível, julgado em 8 jan. 2009; Embargos de Declaração n.º 0002102-35.2009.8.17.0000 (166848-4/01), Relator Des. Francisco Eduardo Gonçalves Sertorio Canto, 3.ª Câmara Cível, julgado em 14 maio 2009.

comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. II – Agravo de instrumento conhecido e improvido.⁶²⁰

Em acórdão proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, afastou-se da concorrência com os descendentes o cônjuge supérstite casado sob o regime da separação obrigatória.⁶²¹

Nos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Goiás, Bahia, Acre, Amazonas, Roraima, Amapá, Ceará, Paraíba, Alagoas, Sergipe, Piauí, Tocantins e do Distrito Federal não foram encontrados acórdãos que tenham abordado especificamente a questão relativa à sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes no regime da separação convencional de bens.

Percebe-se, da análise da jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros, que havia uma forte tendência de se conferir uma interpretação literal ao inciso I do artigo 1.829, no sentido de se atribuir ao cônjuge parte da herança em concorrência com os descendentes, quando casado pelo regime da separação convencional de bens.

Dos onze processos encontrados até o início de 2011, que lidaram diretamente com a problemática sob análise (concorrência com descendentes no regime da separação convencional), nove reconheceram o direito à herança do cônjuge.⁶²² Apenas dois claramente excluíram o supérstite da herança do falecido. Assim, a julgar pelo que vinha decidindo a maior parte dos Tribunais em todo o país, o cônjuge teria direito a parcela da herança do falecido, em concorrência com os filhos.

É mister registrar, ainda, que as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo eram pacíficas no que tange ao reconhecimento do direito sucessório do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens. Com efeito, tudo levava a crer que o cônjuge sempre teria resguardado seu direito de concorrer à herança junto com os filhos.

Até o final de 2009, o Superior Tribunal de Justiça não havia se pronunciado sobre a aplicação do dispositivo legal sob comento. Todavia, tudo levava a crer que esse

⁶²⁰ TJPA, Agravo de Instrumento n.º 200630046066, Relator Des. Leonardo de Noronha Tavares, 1ª Câmara Cível, julgado em 17 abr. 2006.

⁶²¹ TJRN, Agravo de Instrumento n.º 2007.007373-6, Relator Des. Aderson Silvino, 2ª Câmara Cível, julgado em 18 dez. 2007, votação unânime.

⁶²² Após a publicação da decisão do Superior Tribunal de Justiça referente à matéria, no ano de 2010, começaram a aumentar, em poucos Estados da Federação, as decisões no sentido de que o cônjuge não concorre com os descendentes no regime da separação convencional de bens.

sodalício consolidaria a jurisprudência dominante nos Tribunais de Justiça dos diversos Estados da Federação.

4.4.5.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça

Em dezembro de 2009, quase sete anos após a entrada em vigor do novo Código Civil, a discussão acerca da correta aplicação do artigo 1.829, I, chegou finalmente a ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial interposto contra o acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que reconheceu a concorrência do cônjuge.

No caso sob análise, os três filhos do *de cujus* se insurgiram contra a decisão do Tribunal *a quo*, que mantivera o pedido de habilitação da viúva no inventário. O inconformismo dos descendentes resultou do fato de que não houve longa convivência entre o casal. Ao contrário, o casamento durou apenas dez meses. Quando de sua celebração, o marido, com 51 anos de idade, já havia formado todo seu patrimônio e sofria de doença incapacitante. Talvez por tais motivos, os nubentes optaram pelo regime da separação absoluta de bens.

Apesar da situação peculiar do caso concreto, de acordo com o texto do Código Civil, o cônjuge só deixa de concorrer com os descendentes no regime da “separação obrigatória” (art. 1.829, I). Sendo assim, aguardava-se que o Superior Tribunal de Justiça mantivesse o entendimento que vinha sendo reiteradamente adotado pelos Tribunais de Justiça dos Estados, no sentido de confirmar a sucessão do cônjuge no regime da separação convencional.

Ao contrário do que se esperava, porém, foi decidido por unanimidade que o cônjuge casado sob o regime da separação convencional, assim como o casado sob o regime da separação obrigatória, não tem o direito de concorrência à herança do falecido diante da presença de descendentes. Da longa ementa de quase três páginas, merecem ser extraídos os trechos principais para uma análise crítica:

[...] Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais

que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espalha, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa-fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica [...].⁶²³

Em que pese ao entendimento esposado pela Relatora, há que se reconhecer que no sistema adotado pelo Código Civil de 2002 o cônjuge deve herdar juntamente com os descendentes quando não tiver a meação dos bens, diante do que, se invocarmos o contexto jurídico em que o dispositivo legal se insere, chegaríamos forçosamente à conclusão de que o cônjuge concorreria à herança no caso concreto. Ademais, ao se evocar o princípio da dignidade da pessoa humana, restaria mais contundente a manutenção do direito sucessório do cônjuge quando ele já não estivesse resguardado pela meação, em virtude das regras do regime de bens, no momento do falecimento de seu consorte. A esse respeito, já expusemos, junto com José Luiz Gavião de Almeida:

Não obstante o que parece ter sido a clara intenção do legislador, algumas vozes se levantam contra a possibilidade de o cônjuge ser herdeiro no regime da comunhão universal de bens e no regime da separação convencional. Neste, em especial, alega-se que a escolha do regime feita pelos nubentes impede que o cônjuge seja considerado herdeiro, pois isso violaria o regime de bens e constituiria enriquecimento injustificado, principalmente nos casos em que o casamento durou pouco período.

Com a devida vênia, não podemos concordar com tais objeções. Se duas pessoas se casaram, isto significa que tomaram uma decisão livre e consciente de unirem suas vidas com base em um forte elemento afetivo. Se permaneceram casadas até que a morte as tenha separado, é porque havia um elemento espiritual que as unia. Quanto ao período de vida conjugal, pouco importa. O fator relevante é que ainda permaneciam juntas, o que faz presumir que assim continuariam, caso a morte, o maior inimigo do ser humano, não ceifasse a vida de uma delas. [...]

O princípio da dignidade da pessoa humana, aplicado ao cônjuge supérstite, deve conduzir à busca de meios hermenêuticos de solução dos impasses trazidos pela má redação dos dispositivos legais, de modo que o viúvo não seja desamparado.⁶²⁴

Quando alguém escolhe o regime da separação de bens, isso pode ocorrer

⁶²³ STJ, REsp 992.749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 1.º dez. 2009, DJe 5 fev. 2010.

⁶²⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião; LIGIERA; Wilson Ricardo. A Dignidade do cônjuge supérstite e as polêmicas em torno da sucessão. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**, p. 540-541.

simplesmente porque não deseja que haja comunicação patrimonial durante o casamento, de modo que, na hipótese de eventual dissolução conjugal voluntária, pelo divórcio, o cônjuge a que ele deu causa não seja beneficiado. Não significa, necessariamente, que tenha a intenção de desamparar o consorte que, ao contrário, com ele permaneça até o triste momento da morte, privando a pessoa amada dos bens que usufruíam quando estavam juntos.

Supor que um cônjuge só está com o outro por interesse financeiro significa presumir a má-fé, algo odioso e atentatório aos princípios gerais do direito e também ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, a dedução a que se chega com os fundamentos empreendidos é exatamente contrária à que obteve a Ministra.

Outro trecho da ementa que precisa ser analisado é aquele que adota o entendimento de Miguel Reale quanto à compreensão do termo “obrigatória”, utilizado no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil:

[...] O regime de **separação obrigatória de bens**, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) **separação legal**; (ii) **separação convencional**. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. [...]. (grifo do autor).

Essa posição, embora proveniente de quem foi responsável pela supervisão dos trabalhos da Comissão Elaboradora do Anteprojeto do Código Civil, não encontra amparo na doutrina familiarista. O regime de separação obrigatória, em consonância com o que sempre foi ensinado pelos autores de Direito de Família, é aquele decorrente da lei. Não é gênero que congrega duas espécies, o legal e o convencional. Este resulta da vontade das partes, que livremente deliberam sobre sua adoção, sem nenhuma imposição ou obrigação de fazê-lo. Portanto, equivocada a conclusão que segue:

[...] Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. [...].

O regime estipulado impede a comunicação do patrimônio durante o casamento e até no momento de sua dissolução. O direito de herança, por outro lado, não resulta da comunhão de bens vedada pelo regime, mas de causa autônoma, proveniente da morte do

cônjuge, de quem o outro é herdeiro necessário. Em sendo assim, não há nenhuma quebra do sistema, como clamado na continuidade da ementa:

[...] Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. [...].

O artigo 1.687, supracitado, é norma de Direito de Família que regula a ausência de comunicação patrimonial no curso do casamento. O artigo 1.829, ao contrário, é norma de Direito das Sucessões, que disciplina a aquisição de bens *causa mortis*. Outrossim, nenhuma lógica está contida na afirmação abaixo:

[...] A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”. [...].

Ao invés de ser fria e apática, a norma sucessória visa exatamente salvaguardar a dignidade do cônjuge sobrevivente, afetado de modo severo pela perda de seu consorte, o que atende aos interesses da família constituída pelo casamento. Nesse sentido, o direito hereditário protege os interesses do próprio falecido, não desamparando a pessoa com quem ele decidiu compartilhar sua vida. Consequentemente, não se pode aceitar, sem questionamento, a dedução a que se chegou na continuidade da decisão:

[...] Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. [...].

Se é verdade que não houve doação de um cônjuge ao outro durante o matrimônio, tampouco foi deixado testamento em favor do cônjuge, é também verídico que não houve manifestação de última vontade para afastar por completo o supérstite da sucessão, o que poderia ter sido feito caso o marido, ciente da proximidade da sua morte, pretendesse obstaculizar eventual diminuição na herança de seus filhos.

Sendo o cônjuge herdeiro necessário pelo Código Civil de 2002, sabe-se que, em regra, ele herdará juntamente com os parentes do falecido. Também é cediço que acordo pré-nupcial não tem validade como pacto sucessório — vedado expressamente por nossa legislação.⁶²⁵ No entanto, poderia o autor da herança ter reduzido bastante o quinhão destinado pela lei à sua esposa, testando sua metade disponível aos seus descendentes, o que não teve interesse em fazer.

A despeito de tais considerações, e ainda que a lei permita aos nubentes estipularem as regras de caráter patrimonial que vigorarão na constância do casamento, o ordenamento jurídico positivo passou a conferir maior importância à preservação dos interesses do cônjuge, protegendo-o, mediante a garantia da legítima, contra privações imotivadas de seu direito sucessório. Consequentemente, resta equivocada a inferência abaixo citada:

[...] Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria. [...] O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Conforme já amplamente demonstrado no decorrer deste estudo, direito sucessório não se confunde com regime de bens e nem tem o propósito de assegurar os efeitos práticos do acordo pré-nupcial depois da dissolução do casamento pela morte. Ao invés disso, visa à proteção dos herdeiros legítimos, entre os quais se encontra o cônjuge sobrevivente.

Por todas essas razões, e com a necessária vênia, há que se questionar o entendimento adotado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. A decisão desse sodalício parece ter procurado fazer justiça no caso concreto, referente à morte de

⁶²⁵ A esse respeito, ensina Débora Gozzo: “O pacto sobre sucessão futura ou pacto sucessório é o negócio jurídico pelo qual o agente estipula sobre herança de pessoa viva — quer seja a sua própria (*pactum de successione tertii*) ou a de terceiro (*pactum de hereditate terii*). [...] Pelo direito pátrio, tanto um quanto o outro, se celebrados, não são válidos. Há impossibilidade jurídica do objeto para que ele possa ser válido [...]”. (GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**, p. 84).

pessoa debilitada, que, quando casou, já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante. Ademais, levou-se em consideração o fato de não ter havido longa convivência dos cônjuges, que permaneceram casados por cerca de apenas dez meses. Como ressaltou o Ministro Sidnei Beneti, seu voto acompanhou os anteriores, proferidos pelos Ministros Nancy Andrich e Massami Uyeda, focalizando “exclusivamente a questão central”, que é a aplicação do art. 1.829 do Código Civil de 2002 “à luz da situação trazida pelo caso”.⁶²⁶

Como bem observa Zeno Veloso, as circunstâncias do caso concreto talvez expliquem, mas não justificam, a decisão *contra legem*. Por isso, apesar desse julgado, alertou que deveriam prevalecer e continuar sendo aplicadas as disposições do Código Civil, concluindo que “o cônjuge casado sob regime da separação convencional de bens concorre, sim, com os descendentes do falecido”.⁶²⁷

Com efeito, essa primeira decisão da Corte Superior não serviu de diretriz para a generalidade dos casos, como já se esperava.⁶²⁸ Afinal, não parece pertinente afastar o cônjuge da sucessão em qualquer caso em que o regime for o da separação convencional, a não ser que o Código Civil seja futuramente alterado.⁶²⁹ Por esse motivo, vários Tribunais de Justiça continuaram decidindo a favor da sucessão do cônjuge casado pelo regime da separação convencional.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, encontra-se decisão de maio de 2011: “Direito Hereditário – Cônjuge sobrevivente casada sob o regime da separação convencional de bens – Qualidade de herdeira legítima concorrendo com os descendentes – Inteligência do

⁶²⁶ STJ, REsp 992.749/MS, Ministro Sidnei Beneti, Voto-Vista, p. 1.

⁶²⁷ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 72.

⁶²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**, p. 174.

⁶²⁹ Vale lembrar as explicações de Carlos Alberto Dabus Maluf: “Tanto isto é fato que o culto jusfilósofo Professor Miguel Reale, com a honestidade intelectual que lhe é própria, adverte no mesmo artigo em que expõe sua abalizada posição: ‘Se no entanto, apesar da argumentação por mim desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.829, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo “obrigatória”’. Com efeito, se o próprio articulista entende que deverá haver uma alteração legislativa para deixar claro que o cônjuge casado no regime da separação **convencional** de bens não é herdeiro necessário, nos é lícito concluir que enquanto não ocorrer a alteração por ele proposta o cônjuge que convolou núpcias no regime da separação **convencional** de bens é sim herdeiro necessário. De mais a mais, a norma em debate é clara e *in claris cessat interpretatio*.” (MALUF, Carlos Alberto Dabus. A Sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e sucessões: reflexões atuais**, p. 377).

artigo 1.829, I, do Código Civil/2002”.⁶³⁰

Destaca-se, nessa mesma linha, relevante decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em outubro de 2011, que entendeu pela concorrência sucessória, a despeito da decisão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inventário. Decisão que declarou que o cônjuge supérstite não é herdeiro nem meeiro. Viúva que foi casada com o autor da herança pelo regime da separação convencional. Decisão que contraria a lei, em especial os artigos 1.845 e 1829 do Código Civil. Decisão reformada. Agravo provido. [...] No caso presente, a viúva não foi casada com o autor da herança pelo regime da separação obrigatória. Assim, não se aplica a ela a exceção legal que impede certas pessoas de sucederem na condição de herdeiro necessário. É verdade que o Superior Tribunal de Justiça já considerou que: o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1829, inc. I, do CC/02, é gênero [...] Tal julgado, porém, não merecerá servir de modelo para guiar a aplicação da lei no presente caso em razão das peculiaridades da realidade fática que motivou aquela decisão, distintas das agora *sub judice*. [...].⁶³¹

Várias outras decisões da Corte paulista seguiram esse mesmo entendimento. À guisa de exemplo, pode ser citado o seguinte julgado, de março de 2012: “Sucessão Legítima. Casamento sob o regime da separação convencional. Inteligência do art. 1.829, inciso I, do Código Civil. Cônjuge supérstite. Herdeira necessária. Precedente desta Câmara. Decisão mantida. Recurso desprovido”.⁶³²

Nessa mesma linha, julgamento ocorrido no Tribunal de Justiça de São Paulo em agosto de 2012: “Casamento pelo regime da separação convencional de bens. Cônjuge supérstite é herdeiro necessário do *de cujus* e concorre com os descendentes na legítima, ainda que beneficiado em testamento com 50% dos bens do espólio”.⁶³³ Registre-se decisão proferida no mesmo mês, em outro julgamento, pela qual se evidenciou que o regime da separação convencional “impede a meação mas identifica o cônjuge como

⁶³⁰ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0337815-12.2010.8.26.0000; Relator Octavio Helene; Comarca de Piracicaba; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/05/2011; Data de registro: 07/06/2011.

⁶³¹ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0007645-96.2011.8.26.0000; Relator(a): José Carlos Ferreira Alves; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/10/2011; Data de registro: 13/10/2011.

⁶³² TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0265463-22.2011.8.26.0000; Relator Milton Carvalho; Comarca de São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/03/2012; Data de registro: 20/03/2012.

⁶³³ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0080738-58.2012.8.26.0000; Relator Milton Carvalho; Comarca de Limeira; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/08/2012; Data de registro: 01/09/2012.

herdeiro necessário em concorrência com os descendentes”.⁶³⁴

De modo semelhante, julgamento de setembro de 2012: “Viúva casada em regime de separação convencional de bens. Possibilidade de ser mantida como herdeira do acervo do *de cujus*. Hipótese não excepcionada no art. 1.829, I, do Código Civil, que contempla o regime de separação obrigatória de bens”.⁶³⁵

Em igual diapasão, julgado de dezembro de 2012, pelo qual também foi reconhecido o direito da viúva: “A opção dos cônjuges pelo regime de separação de bens não impede que a viúva seja incluída no inventário como herdeira necessária”.⁶³⁶

Semelhantemente, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em junho de 2011, que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional concorre com os descendentes.⁶³⁷ Também há decisão no mesmo sentido no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de abril de 2012,⁶³⁸ e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de maio de 2011.⁶³⁹ Do mesmo modo, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em dezembro de

⁶³⁴ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0170132-13.2011.8.26.0000, Relator Ribeiro da Silva; Comarca de São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/08/2012; Data de registro: 09/08/2012.

⁶³⁵ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0067399-32.2012.8.26.0000, Relator Gilberto de Souza Moreira; Comarca de Santos, 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/09/2012; Data de registro: 20/10/2012.

⁶³⁶ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0049419-72.2012.8.26.0000, Relatora Lucila Toledo, Comarca de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 04/12/2012, Data de registro: 06/12/2012.

⁶³⁷ “AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE DECLARAÇÃO DA CONDIÇÃO DE NÃO HERDEIRA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADA COM O FALECIDO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS, MEDIANTE PACTO. CONCORRÊNCIA COM AS DESCENDENTES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NO ACÓRDÃO. ART. 1.829, I, CC/02. IMPROCEDÊNCIA. TEMPESTIVIDADE DA AÇÃO. [...] O acórdão rescindendo, ao deliberar que o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da separação convencional de bens, por pacto antenupcial, concorre à herança com as descendentes do falecido, deu interpretação literal ao precitado art. 1.829, I, CC/02, não violando qualquer dispositivo legal. Aplicação da Súmula 343 do STF. [...]” (TJRS, Ação Rescisória Nº 70038425567, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 10/06/2011).

⁶³⁸ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. CASAMENTO. REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO LEGÍTIMO E NECESSÁRIO, EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES DO AUTOR DA HERANÇA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (TJSC, Agravo de Instrumento n.º 2011.068805-9, de Tubarão, rel. Des. Victor Ferreira, j. 12-04-2012).

⁶³⁹ “Tratando-se de viúva que, quando casada, o era pelo regime da separação convencional de bens, concorre ela com os descendentes na sucessão de seu ex-marido, na forma do inciso I, do artigo 1829 do CCB.” (TJDF, Agravo de Instrumento n.º 507209, 20110020041203AGI, Relator: Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível, Publicado no DJE: 27/05/2011, Pág.: 125).

2011.⁶⁴⁰

A decisão do Superior Tribunal de Justiça talvez não tenha sido ruim, considerando-se exclusivamente o caso concreto. Mas, se deixou de ser seguida pelos Tribunais de Justiça Estaduais, é porque o entendimento daquela Corte geraria insegurança jurídica, por ser contrário ao que determina a lei. O maior problema não foi a decisão, em si mesma, mas a possibilidade de se criarem parâmetros para outros casos, em que adotados regimes diversos.

O acórdão extrapolou os limites da discussão envolvida no deslinde do feito, para abordar outras hipóteses que não eram objeto da lide, como se houvesse a pretensão de estabelecer novas regras, desprezando-se os dispositivos legais em vigor. Para melhor entendimento da perigosa amplitude da decisão, verifiquemos o que foi exarado no acórdão acerca da sucessão do cônjuge no regime da comunhão parcial de bens.

Segundo consta do relatório, “preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns”.⁶⁴¹ De acordo com esse pensamento, o cônjuge herdaria apenas dos bens comuns e não dos bens particulares, o que contraria toda a sistemática da concorrência sucessória com os descendentes, que visa atribuir ao supérstite parcela da herança do qual ele não tenha meação, a fim de não deixá-lo desassistido.

Diante disso, Mauro Antonini salienta que a interpretação adotada nesse julgado do Superior Tribunal de Justiça “cria o paradoxo de piorar consideravelmente a posição do cônjuge sobrevivente quando o intuito do Código Civil de 2002 foi de melhorá-la”.⁶⁴²

Carlos Maximiliano recorda “caber ao juiz afastar-se das expressões claras da lei, somente quando ficar evidenciado ser isso indispensável para atingir a verdade em sua plenitude”. Afinal, o “abandono da fórmula explícita constitui um perigo para a certeza do Direito, a segurança jurídica; por isso só é justificável em face de mal maior, comprovado:

⁶⁴⁰ “A mais adequada interpretação, no que respeita à separação convencional de bens, é aquela que entende ter o cônjuge direitos sucessórios em concorrência com os herdeiros do autor da herança, sendo essa, de resto, a interpretação literal e lógica do próprio dispositivo. Soma-se a isso o fato de que o direito à meação não se confunde com o direito à sucessão”. (TJMG, Agravo de Instrumento n.º 1.0024.09.514308-7/001; Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto; Data de Julgamento: 13/12/2011).

⁶⁴¹ STJ, REsp 992.749/MS, Relatório e Voto, Ministra Nancy Andrighi, p. 13.

⁶⁴² ANTONINI, Mauro. Arts. 1.784 a 2.027 – sucessões. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência, p. 2.224.

o de uma solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto”.⁶⁴³

Quanto ao artigo 1.829, inciso I, a redação do texto é clara ao estipular, que no regime da comunhão parcial, o cônjuge não herdaria quando só houvesse bens comuns, o que demonstra o desacerto da interpretação judicial, ao manifestar exatamente o contrário do que determina a lei.

Ao pretender analisar as principais correntes que se formaram sobre a correta interpretação desse controvertido dispositivo legal, o acórdão considera, como primeiro posicionamento doutrinário⁶⁴⁴, aquele que é claramente majoritário — deixando, porém, de reconhecê-lo como tal. Por essa doutrina, o cônjuge herda dos bens particulares, tanto no regime da comunhão parcial quanto no regime da separação convencional de bens.

Ao partir para a análise da segunda corrente, todavia, o acórdão a considera como majoritária.⁶⁴⁵ Trata-se de interpretação pela qual, no regime da comunhão parcial, o cônjuge herda, em concurso com os descendentes, tanto dos bens particulares quanto dos bens comuns. Entretanto, o posicionamento analisado não é o majoritário na doutrina.

Em seguida, o acórdão considera como terceira corrente aquela que chama de “interpretação invertida”, segundo a qual a herança do cônjuge incide apenas sobre os bens comuns. Este é o posicionamento de Maria Berenice Dias. De acordo com a autora, “na parte final — após o ponto-e-vírgula —, passa a lei a tratar de hipótese diversa”, que não estaria incluída na exceção trazida pela palavra “salvo”, contida no inciso I do artigo 1.829.⁶⁴⁶ Não consideramos esse posicionamento como uma corrente doutrinária, pois, como a própria autora reconhece, ela é a “única a sustentar que o direito à concorrência incide sobre os aquestos”.⁶⁴⁷

No entanto, essa posição acabou sendo utilizada pela Ministra Nancy Andrighi para a formação de quarta linha de interpretação, que foi, por fim, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Segundo ela, o cônjuge só herdaria em concurso com os descendentes

⁶⁴³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 111.

⁶⁴⁴ STJ, REsp 992.749/MS, Relatório e Voto, Ministra Nancy Andrighi, p. 6.

⁶⁴⁵ STJ, REsp 992.749/MS, Relatório e Voto, Ministra Nancy Andrighi, p. 8.

⁶⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, p. 160. Cf., ainda, da mesma autora, os artigos: Ponto-e-vírgula e O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações, disponíveis em seu *site*: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/sucessoes.dept>>.

⁶⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 161.

no regime de comunhão parcial, e somente dos bens comuns.⁶⁴⁸ Infelizmente, confundiram-se, nessa decisão, dois conceitos completamente diferentes: regime de bens (meação) e direito sucessório (herança). O cônjuge deve herdar sobre aquilo que não tiver meação. Os fundamentos da sucessão do cônjuge, como se nota, são exatamente inversos aos do regime de bens, embora estejam a eles atrelados.

Retornando ao regime de bens que foi o verdadeiro objeto da lide, levada a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, há que se esclarecer que no regime da separação convencional o tratamento sucessório do Código Civil acerca da concorrência do cônjuge não discrepa dos demais regimes em que ele é herdeiro. A ideia básica de nosso diploma legal é permitir que o viúvo herde, nesse regime, pelo fato de que não terá a meação.

Reconhecemos que nem sempre isso parecerá justo, em especial àqueles nubentes que não gostariam de permitir a transmissão patrimonial em seu casamento, por já terem adquirido seus bens no decorrer de sua vida, sem nenhuma contribuição de seu novo cônjuge. Para Regina Beatriz Tavares da Silva e Laura Souza Lima e Brito, “o cônjuge visualizado na lei é aquele que, ainda que não tenha contribuído diretamente para a aquisição de bens, ao menos participou da vida em comum”.⁶⁴⁹ Segundo as autoras, o real motivo ensejador da exclusão do cônjuge supérstite no Recurso Especial n.º 992.749/MS parece ser a ausência de consolidada comunhão de vidas. Diante disso, entendem que o cônjuge só deva ser afastado da sucessão por decisão judicial em casos específicos, como o do julgado em análise.

A proposta das autoras é interessante e parece bastante justa. Todavia, ao contrário do que sugeriram, o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça não foi tomado como paradigma, de modo geral, para as outras decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça. Além disso, não há certeza de que o verdadeiro espírito da lei seja o de só permitir a sucessão do cônjuge se consolidada a convivência conjugal por ter ocorrido prolongada comunhão de vidas no casamento. De qualquer modo, a sugestão não deixa de ser útil para uma eventual alteração legislativa.

⁶⁴⁸ STJ, REsp 992.749/MS, Relatório e Voto, Ministra Nancy Andrighi, p. 15.

⁶⁴⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da; BRITO, Laura Souza Lima e. Sucessão do cônjuge e regime da separação de bens. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361.

Talvez seja preciso encontrar uma forma para impedir que o casamento recém-celebrado dê ensejo ao enriquecimento indesejado por um dos cônjuges. Embora o casamento seja causa de transmissão patrimonial no regime de comunhão universal, ao optarem por um regime de separação, os cônjuges demonstram que não desejam que isso aconteça. O problema é apontado por vários doutrinadores, entre os quais, Carlos Roberto Gonçalves:

A inovação provocou a crítica daqueles que se casaram no aludido regime e foram surpreendidos com a possibilidade, agora existente, de o cônjuge, que se imaginava afastado da sucessão, concorrer com os filhos do falecido. Alguns chegaram a afirmar que o legislador teria invadido a autonomia privada e abalado um dos pilares do regime de separação, por permitir a comunicação *post mortem* do patrimônio.⁶⁵⁰

Para aquelas pessoas que se casaram na vigência do novo Código, não houve surpresa, porquanto já teriam de saber que o cônjuge passou a ser herdeiro necessário em concorrência com os descendentes. Diversamente, os que se casaram antes não esperavam que parte da herança de seus filhos seria entregue ao seu consorte.

É de ponderar, como lembra o autor citado acima, “que, mesmo na vigência do diploma de 1916, a pessoa casada sob tal regime poderia herdar a totalidade da herança, na hipótese de não haver descendentes ou ascendentes”.⁶⁵¹ O problema é que o direito sucessório do cônjuge foi estendido, para abranger os casos de concurso com os parentes em linha reta do falecido. Embora não se trate de comunicação de patrimônio, mas de direito sucessório, ainda assim pode parecer estranho que a nova lei modifique o que havia sido planejado e convencionado pelos cônjuges no acordo pré-nupcial.

Os pactos antenupciais assumem cada vez maior relevância na vida social. Mas poderia o pacto ser utilizado para impedir a transmissão patrimonial não apenas durante o casamento, como também por ocasião da sua dissolução em decorrência da morte de um dos consortes? Em outras palavras, seria realmente ilícita a renúncia antecipada à herança de pessoa viva, abrangida pela proibição do artigo 426 do Código Civil? Ou uma leitura mais restritiva desse dispositivo poderia permitir que os nubentes, no momento da realização do pacto antenupcial, convencionassem seu desejo de que o casamento fosse efetivamente realizado sem que houvesse a possibilidade de transmissão patrimonial entre

⁶⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões, p. 173.

⁶⁵¹ Ibidem, mesma página.

eles?

De fato, há quem sustente que “a simples repetição secular de uma proibição genérica e amplíssima (a vedação à contratação sobre herança de pessoa viva) não é suficiente para a perpetuação de um estado de coisas que já não se coaduna com a necessidade social”.⁶⁵²

Também há aqueles que criticam, como aponta Zeno Veloso, “a opção tomada pelo legislador, prestigiando de forma tão evidente a vocação hereditária do cônjuge, argumentando que isso parece um paradoxo no momento em que se observa uma crise no casamento, e em que a lei tem facilitado enormemente o desfazimento dos laços”.⁶⁵³

Como já expusemos, porém, não existe privilégio do cônjuge em ocupar as três classes de herdeiros na ordem sucessória, pois isso só ocorre no texto legal, haja vista que, em cada caso concreto, o cônjuge será enquadrado em apenas uma das classes⁶⁵⁴, condicionada, ainda, sua sucessão, a determinados fatores. Em especial, há que se

⁶⁵² TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Contratualização da família. **Revista do advogado – AASP**, p. 66. Explica a autora: “A indisponibilidade da herança de pessoa viva é princípio assente mesmo nos sistemas em que a norma não foi positivada, como, por exemplo, no Direito francês. A despeito disso, e mesmo sabendo de antemão a resistência que novas ideias sofrerão nessa seara, é importante frisar que há substancial diferença entre o direito à herança, guindado à hierarquia constitucional, e o direito à sucessão aberta, que não é inalienável, indisponível nem essencial à pessoa humana. A vedação aos contratos sobre herança de pessoa viva parte do duplo fundamento de outorgar ao autor da herança ampla liberdade de testar, desde que respeitados os limites em lei previstos para resguardo da legítima dos herdeiros necessários; de outra parte, a proibição legal aos negócios jurídicos envolvendo herança de pessoa viva erradica a mercantilização de interesses relevantes, mediante odiosa pressão moral sobre futuros herdeiros, fruto de tirania doméstica ainda encontrável na vida em sociedade. A despeito de tudo isso, a questão está a merecer a devida atenção por parte dos juristas e dos operadores do Direito. Seria realmente ilícita a renúncia antecipada à herança de pessoa viva? Seria ela um negócio abrangido pela vedação do art. 426 do CC? Uma vez aberta a sucessão, não se questiona em absoluto o direito do herdeiro de renunciar à herança. Por que seria tal renúncia tão odiosa se constasse antecipadamente de um pacto antenupcial ou de um contrato de convivência? Mais uma vez, é o modelo adotado pelo legislador de 2002 que autoriza a releitura do art. 426 do CC, para permitir uma interpretação mais restritiva desse dispositivo, outorgando-lhe fórmula mais consentânea com as necessidades da vida em sociedade. Basta dizer, por exemplo, que a admissão à renúncia à herança do cônjuge ou do companheiro, prevista no pacto antenupcial ou no contrato de convivência, poderia apresentar-se como a solução simples e equânime para um dos mais sérios problemas do Direito das Sucessões hodierno, qual seja a inafastabilidade da herança legítima do cônjuge casado sob o regime da separação absoluta convencional”. (Ibidem, loc. cit.).

⁶⁵³ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 32.

⁶⁵⁴ A esse respeito, ao comentar o artigo 2133º do Código Civil português, que também inclui o cônjuge nas duas primeiras classes de herdeiros, esclarece José de Oliveira Ascensão: “Pelo art. 2133 ele figura em duas classes, mas a sua participação é eventual: se não houver cônjuge, a primeira classe é constituída só pelos descendentes, a segunda só pelos ascendentes. Mas a verdade é que, se não houver ascendentes nem descendentes, não se pode dizer que o cônjuge integra a 1.ª classe sucessória [...] Para melhor esclarecimento sistemático — e sem que isto traga nenhuma discrepância quanto ao regime — melhor fora distinguir **três classes sucessórias**: 1.ª — caracterizada pela concorrência de descendentes, haja ou não cônjuge; 2.ª — caracterizada pela presença de ascendentes, haja ou não cônjuge; 3.ª — integrada pelo cônjuge somente, pressupondo-se que não concorrem descendentes nem ascendentes”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: sucessões, p. 335).

considerar que, para ser herdeiro, o matrimônio ainda deverá existir, pois a separação jurídica e o divórcio põem termo à vocação hereditária do cônjuge. Nesse sentido, são apropriadas as observações de Zeno Veloso de que, se a lei protege o viúvo, dando-lhe parte da herança, isso ocorre “justamente porque se mantinha como cônjuge no momento da abertura da sucessão, e quando o outro morreu o casamento persistia como realidade fática e jurídica resistindo e superando as mencionadas crises, vencendo as dificuldades e obstáculos”.⁶⁵⁵

Seja como for, na vigência do texto atual do Código Civil de 2002, não visualizamos como o cônjuge possa ser afastado da sucessão pela mera vontade do falecido. Com a morte, extingue-se o regime e tem início a abertura do processo sucessório, que confere ao cônjuge uma parte da herança. Esta, porém, mesmo não podendo ser suprimida, pode ser bastante reduzida, se o *de cujus* deixar para seus filhos em testamento toda a metade disponível.

4.4.6 Quota do Cônjuge na Concorrência com Descendentes

Conforme foi constatado até este ponto, o cônjuge nem sempre será herdeiro se o falecido tiver deixado descendentes. Isso ocorre porque o legislador deu preferência aos descendentes, somente atribuindo uma parcela da herança ao viúvo quando ele não tivesse a meação dos bens. Caso contrário, o cônjuge receberia a meação, e os descendentes, a herança.

Quando o falecido deixar bens particulares, o cônjuge será herdeiro, incidindo seu direito hereditário, porém, apenas sobre esses bens. É assim que se deve compreender o termo “herança”, presente no artigo 1.832 do Código Civil: “Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da **herança**, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.” (grifo nosso). Ou seja, a “herança”, a que o cônjuge concorre com os descendentes, é aquela parte do patrimônio deixado pelo morto composta apenas por bens particulares.

⁶⁵⁵ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 33.

Na concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte dessa herança (*i.e.*, dos bens particulares), se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Se, porém, concorrer com filhos exclusivos do falecido, não terá direito a essa quota mínima de um quarto.

O artigo 1.832 tem despertado grande polêmica, pois não esclareceu como se daria a divisão da herança na hipótese de concorrência do cônjuge supérstite com descendentes comuns do casal e descendentes exclusivos do autor da herança.

Para Sílvio de Salvo Venosa, “se o sobrevivente concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do morto, há que se entender que se aplica a garantia mínima da quarta parte em favor do cônjuge”.⁶⁵⁶

Em geral, porém, a doutrina entende que o direito à parcela mínima de um quarto da herança se restringe à concorrência com filhos comuns do casal, somente.⁶⁵⁷ Se o falecido deixar qualquer filho que não seja descendente do cônjuge supérstite, a divisão dos bens particulares deverá ser feita por cabeça, independentemente do número total de filhos.

A questão é extremamente controvertida e será examinada posteriormente. Cumpre-nos agora apenas ressaltar que, qualquer que seja a solução para o problema, não poderá afrontar a igualdade entre os filhos, nem prejudicar seu direito sucessório.⁶⁵⁸

Analisemos, primeiramente, as duas situações previstas pela lei: aquela em que o concurso se dá com descendentes comuns do casal e aquela outra em que o cônjuge só concorre com os descendentes exclusivos do falecido. Depois de verificadas essas hipóteses, passaremos à consideração do melhor modo de tratar o que tem sido chamado de situação híbrida, em que presentes, ao mesmo tempo, filhos do casal e filhos só do morto.

⁶⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**, p. 1.665.

⁶⁵⁷ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 51.

⁶⁵⁸ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856), p. 234-239.

4.4.6.1 Concorrência com Descendentes Comuns do Casal

Constatado que o cônjuge deva ser considerado herdeiro, e destinada a porção da herança relativa aos bens comuns aos descendentes, deve-se proceder à divisão dos bens particulares do falecido entre o viúvo e os descendentes do casal.

O Código Civil estabelece que, ao concorrer à herança juntamente com os descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (art. 1.832).

De acordo com o Código, portanto, se o cônjuge sobrevivente for ascendente dos demais herdeiros do *de cujus* (ou seja, se os descendentes forem do casal), não pode a sua quota ser inferior a um quarto da herança.

Se o casal tiver até três filhos, não haverá nenhum problema. A herança será dividida igualmente entre todos os herdeiros (filhos e cônjuge), por cabeça, recebendo cada um deles igual quinhão. Se, porém, o casal tiver quatro ou mais filhos, a parte do cônjuge supérstite tem que ser de $\frac{1}{4}$ dos bens particulares.

A quota hereditária do cônjuge e dos filhos, em relação aos bens particulares do falecido, pode ser assim representada, exemplificativamente, dependendo do número de filhos:

NÚMERO DE FILHOS	QUOTA DO CÔNJUGE	QUOTA DE CADA FILHO
UM FILHO	1/2 (50%)	1/2 (50%)
DOIS FILHOS	1/3 (33,3%)	1/3 (33,3%)
TRÊS FILHOS	1/4 (25%)	1/4 (25%)
QUATRO FILHOS	1/4 (25%)	3/16 (18,75%)
CINCO FILHOS	1/4 (25%)	3/20 (15%)
SEIS FILHOS	1/4 (25%)	1/8 (12,5%)
SETE FILHOS	1/4 (25%)	3/28 (10,71%)

Isso só ocorrerá, porém, vale ressaltar, se a esposa for mãe de todos os filhos do *de cujus*; ou, então, avós de todos os netos; ou bisavó de todos os bisnetos, etc. Se os descendentes só fossem do *de cujus*, porém, a situação seria diferente, como será considerado no próximo item.

4.4.6.2 Concorrência com Descendentes Exclusivos do Falecido

Conforme considerado, se o cônjuge concorrer à herança ao lado dos descendentes do casal, terá direito de receber, pelo menos, um quarto da herança, de acordo com o que prescreve o artigo 1.832 do Código Civil. Dessa regra pode ser extraída uma outra, qual seja, na hipótese de concorrência com descendentes exclusivos do falecido, o cônjuge não tem direito ao privilégio de, no mínimo, uma quarta parte da herança.

Portanto, se na concorrência com descendentes exclusivos do falecido, o cônjuge não tem direito à quota mínima de $\frac{1}{4}$, a herança será sempre dividida pelo número total de herdeiros, conforme demonstrado na tabela abaixo:

NÚMERO DE FILHOS	QUOTA DO CÔNJUGE	QUOTA DE CADA FILHO
UM FILHO	1/2 (50%)	1/2 (50%)
DOIS FILHOS	1/3 (33,3%)	1/3 (33,3%)
TRÊS FILHOS	1/4 (25%)	1/4 (25%)
QUATRO FILHOS	1/5 (20%)	1/5 (20%)
CINCO FILHOS	1/6 (16,6%)	1/6 (16,6%)
SEIS FILHOS	1/7 (14,28%)	1/7 (14,28%)
SETE FILHOS	1/8 (12,5%)	1/8 (12,5%)

Percebe-se que, se o falecido deixar, no máximo, três filhos, a quota do cônjuge será igual nas duas situações, ou seja, na concorrência com filhos comuns e na concorrência com filhos exclusivos; mas se o falecido deixar mais de três filhos, a quota do cônjuge passa a ser diferenciada.

Como se nota facilmente, é simples calcular a herança do cônjuge nas duas situações distintas:

- a) se for ascendente dos herdeiros: tem direito a, no mínimo, $\frac{1}{4}$ da herança;
- b) se não for ascendente dos herdeiros: não tem direito ao mínimo de $\frac{1}{4}$ da herança.

Infelizmente, porém, o Código deixou de tratar de uma das situações mais comuns hoje em dia: aquela em que o *de cujus*, tendo filhos de um casamento anterior, por exemplo, tem outros filhos com sua esposa atual.

Diante da omissão injustificável do legislador, surge um grande problema se a esposa concorrer não apenas com filhos do casal, mas também com filhos exclusivos do *de cujus*.

4.4.6.3 Concorrência com Descendentes Comuns e Exclusivos

Conforme já apontado nos itens precedentes, o artigo 1.832 deixou de esclarecer se, na hipótese de concorrência com filhos comuns e exclusivos, o cônjuge teria direito à quota hereditária mínima, dando margem a vários posicionamentos:

1.^a solução: identificação dos descendentes (comuns e exclusivos) como se fossem todos descendentes do cônjuge sobrevivente (caso em que este teria direito a, no mínimo, $\frac{1}{4}$ da herança);

2.^a solução: identificação dos descendentes (comuns e exclusivos) como se fossem todos exclusivos do cônjuge falecido (caso em que o cônjuge supérstite não teria direito a $\frac{1}{4}$ da herança, mas receberia o mesmo que cada filho);

3.^a solução: composição pela solução híbrida, subdividindo-se proporcionalmente a herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo.

Aplicada a primeira ou a segunda solução, os resultados serão completamente diversos, se o falecido deixou mais de três filhos, como pode ser observado na tabela

abaixo, que compara o valor da herança em cada um dos casos:

NÚMERO DE FILHOS	QUOTA DO CÔNJUGE SE TODOS OS FILHOS FOSSEM DO CASAL	QUOTA DO CÔNJUGE SE TODOS OS FILHOS FOSSEM APENAS DO FALECIDO
UM FILHO	1/2 (50%)	1/2 (50%)
DOIS FILHOS	1/3 (33,3%)	1/3 (33,3%)
TRÊS FILHOS	1/4 (25%)	1/4 (25%)
QUATRO FILHOS	1/4 (25%)	1/5 (20%)
CINCO FILHOS	1/4 (25%)	1/6 (16,6%)
SEIS FILHOS	1/4 (25%)	1/7 (14,28%)
SETE FILHOS	1/4 (25%)	1/8 (12,5%)

Na divisão proporcional, a herança seria dividida de acordo com a quantidade de descendentes de cada grupo (grupo de filhos comuns e grupo de filhos exclusivos). Se o número de filhos comuns e filhos exclusivos for o mesmo, basta calcular como se daria a divisão em cada uma das duas situações e depois tirar a média aritmética.

Caso contrário, se o número de filhos comuns e exclusivos não for o mesmo, não poderemos calcular pela média, mas de acordo com a proporção deles.⁶⁵⁹ A fim de simplificar, apresentamos a fórmula que poderia ser utilizada:

⁶⁵⁹ Há de se tomar cuidado com algumas propostas feitas pela doutrina, segundo a qual os filhos receberiam valores diferenciados (por exemplo: a herança seria dividida em duas partes, uma dos filhos comuns e outra dos filhos exclusivos; em seguida, seria retirada de cada parte uma quota proporcional do cônjuge). Essa forma de divisão, a nosso ver, seria inadmissível, pois não respeitaria a isonomia dos filhos, tratando-os desigualmente, e, assim, seria inconstitucional.

$$\text{HERANÇA DO CÔNJUGE} = \frac{\left\{ \left(\text{N.º DE FILHOS COMUNS} \right) \times \left(\frac{1}{4} \text{ DO TOTAL DA HERANÇA} \right) + \left\{ \left(\text{N. DE FILHOS EXCLUSIVOS} \right) \times \left(\frac{\text{VALOR TOTAL DA HERANÇA}}{\text{N.º TOTAL DE HERDEIROS}} \right) \right\}}{\text{NÚMERO TOTAL DE FILHOS}}$$

Cumpre-nos descrevê-la: a herança do cônjuge é igual ao número de filhos comuns multiplicado por 1/4 do valor da herança (referente aos bens particulares), mais o número de filhos exclusivos vezes o valor da herança (referente aos bens particulares) dividido pelo número total de herdeiros; tudo dividido pelo número total de filhos.⁶⁶⁰

Esta forma de divisão é aceitável, pois respeitaria a isonomia dos filhos, tratando-os igualmente, mas poderia ser considerada injusta em relação aos filhos exclusivos do *de cuius*, que nada têm a ver com o cônjuge do falecido e receberiam menos por sua causa (ainda assim, parece-nos que seria a forma menos injusta, considerando todos os envolvidos).

A matéria é controvertida, restando-nos aguardar como o Superior Tribunal de Justiça se pronunciará a respeito.

Por enquanto, defendemos um modo mais simples de resolver o problema, por meio de uma interpretação literal, em consonância com o que estabelece o texto do Código Civil: “Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”

Depreende-se daí que o cônjuge somente terá o privilégio de receber pelo menos ¼ da herança “se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. Há que se entender, salvo melhor juízo, que o dispositivo se refere a todos os herdeiros.

⁶⁶⁰ LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito civil explicado por meio de casos práticos: sucessões**, p. 141. Convém sempre lembrar que, ao nos referirmos à “herança”, estamos tratando apenas da parte da herança a que o cônjuge terá direito (ou seja, dos bens particulares do falecido), não incluindo aquela parte formada por bens comuns, dos quais o cônjuge não herdará (pois já terá retirado sua meação) e que serão destinados apenas aos descendentes.

Ou seja, se o cônjuge for ascendente dos herdeiros com que concorrer (ou seja, de todos os herdeiros com que concorrer), terá direito à quota mínima de $\frac{1}{4}$ da herança. Caso contrário (*i.e.*, se não for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer), receberá o mesmo que cada filho.

Essa é, aliás, a posição majoritária na doutrina. Também parece ser a opção mais justa e equânime, pois o supérstite, quando falecer, devolverá aos seus filhos a porção privilegiada recebida como herança. Isso não ocorreria, por óbvio, em relação aos filhos exclusivos daquele falecido em primeiro lugar. Como o princípio básico — levado em consideração pelo legislador na elaboração das regras da sucessão legítima — parece ter sido o de priorizar os descendentes, essa é a única interpretação possível. Caso contrário, o cônjuge é que seria beneficiado, em detrimento dos filhos.

Também foi esse o posicionamento adotado na V Jornada de Direito Civil, com a aprovação do Enunciado 526: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”.⁶⁶¹

4.4.7 Concorrência do Cônjuge com os Ascendentes

Segundo dispõe o artigo 1.836 do Código Civil, na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. O dispositivo afastou, assim, qualquer dúvida que poderia haver sobre a permanência do cônjuge na primeira classe sucessória, diante da ausência total de descendentes. O mesmo ocorrerá se o cônjuge concorrer com descendentes e estes não puderem ou não quiserem

⁶⁶¹ V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias 8, 9 e 10 de novembro de 2011, em Brasília.

aceitar a herança.⁶⁶²

Diversamente do que ocorre no caso de concorrência com os descendentes, em que a sucessão do cônjuge depende do regime de bens, na hipótese de concorrência com os ascendentes o regime matrimonial não definirá sua qualidade de herdeiro, que existirá sempre, pouco importando o regime, porquanto o inciso II do artigo 1.829 não atrela a sucessão do viúvo ao estatuto patrimonial adotado pelo casal. Em concurso com os ascendentes, a observação do regime será relevante apenas para a identificação do que constitui o patrimônio do falecido e a meação do viúvo.

Outrossim, na hipótese de o *de cujus* não ter descendentes, a sucessão legítima defere-se aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge, neste caso, independentemente do regime de bens adotado no casamento. O cônjuge recebe sua metade dos bens comuns e herda do restante do patrimônio, independentemente de se tratar de bens comuns ou particulares.

De acordo com o artigo 1.837, se concorrer “ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança”. Embora o Código tenha usado a expressão no singular (“ascendente”), devemos entendê-la como plural (ascendentes), pois somente na hipótese de concorrência com ambos os genitores é que o cônjuge herdará uma terça parte dos bens. Se concorrer com apenas um dos pais, o cônjuge receberá metade da herança, cabendo a outra metade ao ascendente sobrevivente. Na concorrência com os avós ou outros ascendentes de maior grau, a herança do viúvo também corresponderá à metade do

⁶⁶² Pelo artigo 2137º, n.º 2, do Código Civil português, se “apenas algum ou alguns dos sucessíveis não puderem ou não quiserem aceitar, a sua parte acrescerá à dos outros sucessíveis da mesma classe que com eles concorram à herança”. Diante desse preceito, se o cônjuge concorrer com descendentes, e estes não possam ou não queiram aceitar a herança, o viúvo recebe, por acrescer, a totalidade dela, em prejuízo dos ascendentes. Tal solução é criticada por José de Oliveira Ascensão: “Concluimos pois que o cônjuge tem posição mais favorecida quando concorre com os descendentes do que quando concorre com os ascendentes. O funcionamento do acrescer passou a obedecer, não à lógica nem aos interesses, mas sim ao arbítrio legal”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: sucessões**, p. 345). Aldemiro Rezende Dantas Júnior, ao tratar da concorrência com os descendentes no Código Civil brasileiro, manifesta que “deva ser aplicada a regra contida no artigo 1.810, segundo a qual, na sucessão legítima, a parte do herdeiro renunciante acresce à dos demais co-herdeiros da mesma classe, apenas sendo devolvida aos herdeiros na classe seguinte se o renunciante era o único herdeiro ou se todos renunciaram aos respectivos quinhões”. (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Sucessão no casamento e na união estável*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 570). Entretanto, não há que se aceitar esse ponto de vista, haja vista que, para que o cônjuge esteja na primeira classe vocacional, é pressuposto indispensável que ele concorra com algum descendente. Os descendentes que renunciam à herança ou são dela excluídos são tratados como se nunca houvessem sido herdeiros. Sendo assim, na ausência de herdeiros descendentes, a herança é oferecida aos ascendentes, em concurso com o cônjuge, que ocupará, no caso concreto, apenas a segunda classe de sucessíveis.

patrimônio do falecido.

Convém lembrar, mais uma vez, que a herança do cônjuge recairá sobre todo o patrimônio do falecido, tanto sobre os bens particulares quanto sobre a parcela do patrimônio que cabia ao *de cujus* nos bens comuns do casal, sem prejuízo da meação a que tenha direito.

Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas. Outrossim, se o pai do *de cujus* estiver vivo, sendo a mãe premorta, é ele quem receberá toda a parte da herança destinada aos ascendentes, mesmo que os avós maternos estejam vivos. Se somente a mãe do *de cujus* estiver viva, apenas ela herdará em concorrência com o cônjuge supérstite. Nesse sentido, o § 1.º do artigo 1.836 preceitua: “Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.” Isso ocorre porque na linha ascendente não existe direito de representação. A propósito, prescreve o Código: “Art. 1.852. O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente”. Ou seja, os bisavós não representam o genitor premorto.

4.4.8 Cônjuge como Único Herdeiro

Preceitua o artigo 1.838 do Código Civil que, na falta de descendentes e ascendentes, a sucessão será deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente, o qual, de acordo com o artigo 1.829, III, encontra-se sozinho no terceiro lugar da ordem de vocação hereditária. Saliente-se que, neste caso, o cônjuge receberá toda a herança, independentemente do regime de bens.

Segundo o artigo 1.830, porém, somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no artigo 1.830, o artigo 1.839 determina que serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

4.5 CONCLUSÕES SOBRE A TUTELA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE

Conforme considerado no decorrer deste capítulo, a tutela sucessória do cônjuge visa protegê-lo, sobretudo nos casos em que não tiver direito de meação. Por isso, no concurso com os descendentes, a herança do cônjuge depende do regime de bens adotado pelo casal ou estabelecido pela lei.

No regime da comunhão universal não haverá, a princípio, concorrência do cônjuge com os descendentes, haja vista que estes recebem a herança e aquele fica com a meação. O mesmo ocorrerá naqueles casamentos celebrados pelo regime da comunhão parcial, sem que tenha o falecido adquirido bens particulares.

No casamento sob comunhão parcial em que o *de cujus* tiver deixado bens particulares, estes serão repartidos entre o viúvo e os descendentes. Igual solução haverá quando o regime adotado for o da participação final nos aquestos. Nesses casos, em que o cônjuge herda em concurso com os descendentes, ele terá direito a, no mínimo, um quarto da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. A lei deixou de esclarecer, todavia, se essa quota será aplicada se houver, além de filhos comuns, também aqueles exclusivos do falecido. Embora haja várias interpretações, entendemos que, nesses casos, a herança será repartida igualmente entre todos, visto que não se pode privilegiar o cônjuge em detrimento dos filhos, principalmente se isso ocorrer em prejuízo de apenas alguns deles, pois haveria uma grave violação do princípio constitucional da isonomia.

No casamento pelo regime da separação obrigatória, o cônjuge não herda se houver descendentes. Entendemos, porém, que ele terá direito de meação, por força da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal ou do princípio que veda o locupletamento indevido.

Quanto ao regime da separação convencional, é importante finalizarmos com algumas breves reflexões. Obviamente, pode ser questionado por que motivo o legislador excepcionou apenas a separação de bens resultante de imposição legal. Pode-se até criticá-lo, mas não lhe negar o direito de fazê-lo.

Uma das hipóteses é que haveria uma grande diferença entre as duas origens, conforme apontado neste capítulo. No regime da separação legal obrigatória, é a própria lei que intenciona fazer com que o casamento, em regra, não seja causa de transmissão

patrimonial. Ou seja, os cônjuges simplesmente não devem receber parte do patrimônio um do outro, nem em vida, tampouco na morte. Dizemos que isso ocorre “em regra”, pois, como visto, há exceções.

Por outro lado, no regime da separação resultante de acordo de vontades, pode muito bem a lei permitir que o vínculo conjugal seja fruto de direito sucessório. Respeita-se, com isso, a vontade dos nubentes, obstaculizando-se a comunicação de bens durante o matrimônio, bem como a transferência patrimonial por ocasião da dissolução do casamento pelo divórcio. Ao mesmo tempo, por uma questão de justiça, e sem afrontar o regime livremente escolhido para vigorar durante o casamento, confere-se àquele que se dedicou ao consorte até o fim de sua vida uma parcela do seu patrimônio. Afastam-se, com isso, desejos egoístas, acordados para evitar a obtenção de vantagens patrimoniais decorrentes da dissolução prematura do casamento. Admitem-se, por outro lado, motivações mais nobres, de que seja agraciado com parte dos bens o viúvo ou a viúva que ao outro se entregou até que a morte os separasse.

A justificativa para o tratamento diferenciado nos regimes da separação legal e convencional reside ainda no fato de que, no primeiro, a objeção decorre de norma de ordem pública, imposta por razão imperativa, no sentido de proteger o cônjuge jovem ou idoso; enquanto que, no segundo, a intransmissibilidade resulta de opção que pode ser transitória, desmotivada e até egoísta.

Obviamente, há situações concretas em que se poderia questionar a inafastabilidade de um cônjuge da sucessão do outro. Há pessoas que contraem matrimônio em idade avançada, quando um ou ambos os nubentes já acumularam uma considerável riqueza. Nesses casos, poderia ser de interesse dos cônjuges que o vínculo matrimonial não fosse causa de transmissão patrimonial, nem em vida, nem na morte. Para isso, não basta que exerçam a opção pelo regime de separação absoluta, impedindo a comunicação dos bens durante o casamento, pois, vindo um deles a falecer, o outro herdaria parcela do patrimônio. A pergunta que requer uma resposta é: seria possível, por meio do pacto antenupcial, estabelecer regras tendentes a evitar por completo qualquer transmissão patrimonial, inclusive sucessória?

A resposta, em princípio, parece ser negativa, haja vista que o artigo 1.655 do Código Civil determina ser “nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição

absoluta de lei” e o artigo 426 proíbe que seja “objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Ademais, a norma contida no artigo 1.829, inciso I, permite a concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido quando o casamento tiver ocorrido pelo regime da separação convencional. E os incisos II e III do mesmo artigo, respectivamente, atribuem ao cônjuge a condição de herdeiro concorrente com os ascendentes do falecido ou de herdeiro único, nesses casos, independentemente do regime de bens — ainda que tenham pactuado a separação absoluta.

É verdade que o diploma de 1916 já permitia que o cônjuge fosse herdeiro, mesmo que tivesse sido casado com o falecido pelo regime da separação absoluta de bens. Entretanto, isso só ocorreria caso não houvesse descendentes nem ascendentes do *de cujus*. Agora, mesmo com a existência de alguns desses sucessores, o cônjuge será herdeiro e receberá parcela da herança.

O maior problema, contudo, reside no fato de que, na vigência do Código anterior, o cônjuge era apenas herdeiro facultativo. Desse modo, caso o autor da herança não desejasse que o supérstite ficasse com parte do patrimônio, bastaria afastá-lo da sucessão por testamento. De modo contrário, sendo o cônjuge atualmente herdeiro necessário, em harmonia com o que preceitua o artigo 1.845 do atual diploma, não é possível que seja excluído da herança, salvo as hipóteses de deserdação ou indignidade, previstas taxativamente em lei.

Por tais motivos, inclusive, é que se questiona a atribuição ao cônjuge da qualidade de herdeiro necessário. Afinal, não parece ser possível afastá-lo da herança, mesmo que essa seja a vontade de ambos os nubentes ao contraírem matrimônio.

Considerados todos esses fatores, é possível perceber que há alguns pontos importantes que não podem ser desprezados na interpretação do alcance do direito hereditário do cônjuge supérstite. Analisemos cada um deles, a fim de podermos chegar a uma conclusão sobre as reais possibilidades de afastamento do cônjuge da herança e os inconvenientes que resultam de sua posição sucessória.

Primeiro, o cônjuge é herdeiro necessário no Código Civil de 2002. Isso é inegável. A lei expressamente o inclui no rol dos reservatários (CC/02, art. 1.845). Em verdade, nem poderia ser diferente, diante da necessidade de permitir sua concorrência sucessória com outros herdeiros necessários, a saber, descendentes e ascendentes do falecido.

Segundo, o Código Civil não permite que aquelas pessoas casadas pelo regime da separação convencional sejam completamente afastadas da sucessão pelo mero arbítrio do testador. Poderão ter sua herança reduzida, desde que respeitada a legítima. Eventualmente, poderão ser deserdadas, se enquadradas nas causas previstas em lei. O pacto antenupcial, porém, não pode ser usado como instrumento para acordos sucessórios, pois isso feriria norma de ordem pública.

Terceiro, o Código Civil não impede, de modo geral, que aquelas pessoas casadas pelo regime da separação obrigatória sejam herdeiras. Isso decorre do fato de que o regime de bens não se confunde com as regras sucessórias. A única exceção, pela qual o cônjuge deixaria de ser herdeiro no regime de separação legal, diz respeito à concorrência com os descendentes. Nas demais hipóteses (quais sejam, quando concorrer com os ascendentes ou for herdeiro único), pouco importa o regime de bens no casamento.

Depreende-se, desses três fatores, a clara intenção do legislador e da própria lei de proteger o cônjuge sobrevivente, obstaculizando qualquer tentativa que pudesse haver, por parte do autor da herança, de privar o seu consorte da sucessão. Nem a própria lei, quando impede a comunicação patrimonial durante o casamento, afasta o cônjuge de sua posição hereditária diante da ausência de descendentes.

Tudo leva-nos a crer, na atual regulamentação dos direitos sucessórios, que um cônjuge deva ser protegido no momento do óbito do outro. Se permaneceram juntos até que a morte os separasse, fizeram-no com base no forte vínculo afetivo que os unia como família. Perante a legislação vigente, não visualizamos como chegar a uma interpretação que limite os direitos do cônjuge, sem contrariar frontalmente as disposições legais.

Para evitar que o cônjuge seja herdeiro em hipóteses atualmente não previstas no Código Civil, será preciso que se faça uma alteração legislativa — o que, contudo, viria na contramão da evolução do sistema hereditário, ocorrida em todo mundo —, desprezando-se as relações familiares e os vínculos conjugais.

Todas essas premissas aplicar-se-ão igualmente ao companheiro, se prevalecer o entendimento de que casamento e união estável foram equiparados pela Constituição da República, devendo, por conseguinte, ser tratados da mesmíssima maneira. Nessa linha de pensamento, como se verá, há decisões judiciais que consideraram inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que regulamenta a sucessão do companheiro. Nesses casos,

aplicaram-se à sucessão do convivente supérstite as regras destinadas, a princípio, apenas à sucessão do cônjuge, como o artigo 1.829, que trata da ordem de vocação hereditária, e o artigo 1.831, que prevê o direito real de habitação.

Nesse contexto, o companheiro também seria considerado herdeiro necessário por força do artigo 1.845 do Código Civil, que atribuiu ao cônjuge a qualidade de legitimário. Afinal, se ambas as formas de constituição de família merecem o mesmo tratamento, é preciso expandir a disposição legal, por meio de uma interpretação extensiva, para se concluir que o preceito se aplica, indistintamente, ao cônjuge ou ao companheiro.

Sob essa lógica, deduziríamos que o companheiro é herdeiro necessário, simplesmente pelo fato de que as entidades familiares foram equiparadas pela Constituição, quanto aos direitos dos membros que as compõem.

Indubitavelmente, tal qual o casamento, a união estável deve ser protegida. A necessidade dessa proteção, contudo, não impõe ao legislador o tratamento igualitário das duas espécies de família. Tudo dependerá de se analisar se existe alguma diferença entre o casamento e a união estável, sobretudo quanto ao modo de constituição e formação do patrimônio.

5 REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO

Conforme considerado no Capítulo 1, até o advento do Código Civil de 2002 o companheiro teve seus direitos sucessórios regulados pelas Leis n.º 8.971/94 e n.º 9.278/96.

A primeira dessas leis cuidou do direito sucessório dos companheiros nos seguintes termos:

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

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

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

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

A lei seguinte, no parágrafo único do seu artigo 7.º, acresceu aos direitos sucessórios do companheiro o direito real de habitação, nos seguintes termos:

Art. 7.º [...]

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.

Em 26 de dezembro de 1996, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 2.686/96, do Poder Executivo, que visava à regulamentação do § 3.º do artigo 226 da Constituição e dispor sobre o Estatuto da União Estável. Convém analisar brevemente os dispositivos do referido projeto que tratavam da matéria, *in verbis*:

Art. 7.º Desde que vigente a união estável, no momento do falecimento, e ressalvados os eventuais direitos do cônjuge do *de cujus*, no caso de separação, o companheiro sobrevivente terá direito inafastável pela vontade das partes, enquanto não constituir nova união:

I – ao usufruto da quarta parte do patrimônio líquido do falecido, adquirido durante a vigência da união estável, se concorrer com os seus descendentes;

II – ao usufruto da metade do patrimônio líquido do falecido, adquirido durante a vigência da união estável, se concorrer com os seus ascendentes;

III – ao usufruto da totalidade dos bens adquiridos a qualquer título, durante a união estável, se o *de cujus* não tiver parentes em linha reta vivos;

IV – ao direito real de habitação ou ao direito de sucessão na locação do imóvel destinado à família no qual ambos os companheiros moravam, desde que respeitada a herança necessária dos parentes em linha reta.

Parágrafo único. No caso de existirem herdeiros legítimos do *de cujus*, se o companheiro sobrevivente tiver sido contemplado, em testamento, com bens de valor igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto, em virtude de Lei, não lhe serão atribuídos os direitos assegurados, pelo presente artigo, salvo se o testador determinar que sejam cumulados com a verba testamentária.

Art. 8.º Não havendo testamento, nem ascendentes nem descendentes vivos do *de cujus* defere-se a sucessão ao companheiro.

Da comparação entre o texto que constava do referido projeto e a redação das leis anteriores, depreende-se que a maior diferença dizia respeito à existência ou não de testamento. De acordo com o artigo 8.º do Projeto 2.686/96, em não havendo ascendentes nem descendentes do *de cujus*, o companheiro teria direito à totalidade da herança, em propriedade, mas isso desde que o autor da herança não tivesse deixado testamento no sentido diverso. Entretanto, caso o autor da herança dispusesse de seus bens em ato de última vontade, esta prevaleceria. Ao companheiro restaria apenas o direito de usufruto da totalidade dos bens adquiridos a qualquer título durante a união estável, segundo previsão do inciso III do artigo 7.º.

Caso esse projeto tivesse sido aprovado, o companheiro teria “direito inafastável” de usufruto, diante do disposto no *caput* do artigo 7.º. Todavia, em relação ao direito de propriedade, o companheiro poderia ser dele privado por testamento, segundo aparentava indicar o artigo 8.º.

O Projeto n.º 2.686/96, por conseguinte, gerava um questionamento quanto a ser o companheiro herdeiro necessário ou facultativo. Ao mesmo tempo em que só lhe conferia a sucessão na ausência de testamento, não permitia que o companheiro fosse afastado do usufruto dos bens.

Na realidade, porém, não nos parece haver dúvida de que o companheiro seria herdeiro necessário. O que poderia variar seria apenas o objeto da herança. Afinal, se em relação ao direito real de usufruto, o companheiro não poderia ser afastado por testamento, tal direito constituiria sua legítima, tornando-o herdeiro necessário.

Não seria possível considerá-lo, ao mesmo tempo, herdeiro necessário (em relação ao usufruto) e herdeiro facultativo (em relação ao direito de propriedade). Tais posições são incompatíveis entre si. Assim como os filhos recebem a totalidade da herança ou apenas a metade dela, dependendo da existência de testamento, o companheiro também receberia toda a herança ou apenas parte dela, de acordo com as disposições de última vontade do falecido. Jamais, todavia, poderia ser privado inteiramente da sucessão, porquanto a lei lhe concedeu determinados direitos sucessórios.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Projeto n.º 2.686/96 foi rejeitado, debaixo do entendimento de que o novo Código disciplinou a união estável de forma adequada e eficaz.

Para fins de comparação, importa observar que a previsão contida nesse projeto, que permitiria ao testador dispor da propriedade de todos os seus bens em favor de terceiros, deixando ao convivente apenas o usufruto, não se encontrava na Lei n.º 8.971/94. Por outro lado, também não previa essa lei que o direito do companheiro seria “inafastável”. Entretanto, dada a maneira imperativa que o artigo 2.º fazia menção aos seus direitos sucessórios, tanto no *caput* do artigo (“participação”), quanto nos incisos (“terá direito”), tudo levava a crer que nela o companheiro já era considerado herdeiro necessário.

Critica-se a disciplina dos direitos sucessórios do companheiro no Código Civil, por estar muito longe de ser apropriada à posição que lhe foi atribuída pela Constituição Federal. Isso, de certo modo, é compreensível, considerada a época da elaboração do texto. A propósito, explica Euclides de Oliveira:

Não havia previsão para essa espécie de entidade familiar no primitivo anteprojeto de Código Civil elaborado em 1972, e nem poderia haver, com o atual matiz, uma vez que a união estável somente veio a ser definida como entidade familiar a partir da Constituição Federal de 1988. Pelas mesmas razões, o Projeto apresentado para discussão em 1975 e aprovado na Câmara dos Deputados em 1984 não previa qualquer regra relativamente à sucessão de pessoas ligadas entre si apenas pelos laços do afeto. Foi na fase de discussão legislativa no Senado Federal que o

Senador Nélson Carneiro, considerado um dos grandes lutadores pela modernização das relações familiares, desde sua vitoriosa batalha para a introdução do divórcio no direito pátrio, apresentou emenda no sentido de garantir direitos sucessórios aos companheiros. Interessante lembrar, no entanto, que previsão pioneira em igual sentido (embora sob outra roupagem) já constava do Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes no século passado, década de 1960, muito antes que se propusesse a igualdade no plano familiar. Por aí se explica, possivelmente, a má alocação do tema no novo Código Civil e seu tratamento diferenciado em relação aos dispositivos que cuidam do direito sucessório do cônjuge.⁶⁶³

Com efeito, o artigo do Anteprojeto de Orlando Gomes que tratava da sucessão do companheiro serviu de modelo para a elaboração da Emenda n.º 358, do Senador Nelson Carneiro, que, após modificações pela Câmara e pelo Senado, acabou por se converter no artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Ao redigir seu texto, Orlando Gomes demonstrou claramente que, não obstante a grande inovação de sua proposta, ela se adequava à realidade existente na década de 1960, motivo pelo qual não se cogitava atribuir à companheira os mesmos direitos que se pretendia conferir à esposa:

Evidentemente, não se equipara a companheira à esposa e muito menos se admite que com esta concorra a concubina. O direito sucessório é deferido intuitivamente à companheira do homem solteiro, viúvo, ou desquitado, vale dizer à companheira de quem não tem esposa para lhe suceder. Mas, nem toda companheira. Tão-somente a que tenha estado em sua companhia nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha filhos. Exige-se, em suma, que a união livre tenha certa estabilidade, seja pela sua continuidade, seja pela existência de prole comum reconhecida. Mas o direito hereditário da companheira é sujeito a várias limitações, se existem parentes do concubinário. Assim é que, se concorre com descendentes deste, só lhe tocará a metade do que couber a cada um deles, se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança, vale dizer, a um quarto desta se tais parentes forem herdeiros necessários e, mesmo não havendo parentes sucessíveis, só se lhe atribuem dois terços da herança (art. 784).⁶⁶⁴

Se o Projeto Orlando Gomes podia parecer adequado e até avançado para aquela

⁶⁶³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão, p. 158.

⁶⁶⁴ GOMES, Orlando. **Código Civil**: projeto Orlando Gomes, p. 89.

época⁶⁶⁵, certamente não se manteria ideal para um período bem posterior, em que a Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente a união estável como entidade familiar. Embora os requisitos temporal e procriacional fossem afastados, mantiveram-se certas limitações à concorrência sucessória do companheiro com os parentes do falecido e mesmo à sua condição de herdeiro único.

Ademais, a própria localização do artigo 1.790, inserido no capítulo que trata das “Disposições Gerais”, ao invés de estar apropriadamente no capítulo que cuida da “Ordem da Vocação Hereditária”, mostra o quão dissociado da nova ordem constitucional está o direito sucessório do companheiro.⁶⁶⁶

5.1 O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO NA LEI N.º 8.971/94

Antes de ingressarmos na análise da regulamentação da sucessão do companheiro no Código Civil vigente, há de se analisar, para fins de estudo comparativo, o tratamento da matéria pela Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994.

Essa lei regulou o direito sucessório dos companheiros em seu artigo 2.º, *in verbis*:

⁶⁶⁵ Constava do relatório do Projeto n.º 3.771, de 1966, apresentado por Orozimbo Nonato (presidente), Orlando Gomes (relator) e Caio Mário da Silva Pereira: “Acompanhando o sentido da evolução claramente traçado em leis especiais e aceito em muitos julgados, procura o Projeto dar solução humana ao problema da companheira do homem solteiro, desquitado, ou viúvo. Intensifica-se, em nosso direito, o propósito de, em certas circunstâncias, ampará-la após a morte do concubinário. Para esse fim, os tribunais recorrem a ficções presumindo seu concurso na formação do patrimônio do *de cujus*. Preferível, no entanto, atribuir-lhe, se comprovada a colaboração, o direito a participar, em determinadas condições, da sua sucessão (art. 668), tanto mais quanto a atribuição aproveitará inúmeros casais que não se uniram pelos laços do matrimônio civil. Já em nossas Ordenações (4.º, 46, § 2.º), como lembra Clóvis Beviláqua, se consideravam com efeitos jurídicos os ajuntamentos daqueles que viviam em pública voz e fama de marido e mulher, por tanto tempo que, segundo o direito, bastasse para se presumir matrimônio entre eles”. (GOMES, Orlando. **Código Civil**: projeto Orlando Gomes, p. 105).

⁶⁶⁶ Acerca da má localização do dispositivo do Código Civil que regula o direito sucessório do companheiro, Euclides de Oliveira, após acusar o legislador do pecado da avareza, comenta: “De lamentar-se a falha de técnica legislativa. Não obstante, é inegável que o companheiro integra a ordem de vocação hereditária, nas condições previstas no referido dispositivo legal. Soa acaciano proclamar que é efetivamente herdeiro ou co-herdeiro quem participa na herança, ou seja, recebe parte da herança em concorrência com descendentes, ascendentes e colaterais do falecido (CC, art. 1.790, inc. I, II e III). Sem falar que o companheiro pode ser contemplado com a totalidade da herança na falta de parentes sucessíveis (CC, art. 1.790, inc. IV). E sua qualidade de herdeiro transparece, igualmente, do art. 1.844 do Código Civil, que cuida da devolução da herança vacante ao Município, na falta de cônjuge, companheiro ou de parentes sucessíveis”. (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Os 7 pecados capitais do novo direito sucessório. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, p. 36).

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

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

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

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

Os incisos I e II reeditaram, aplicando ao companheiro, o conteúdo do § 1.º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, acrescentado pela Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), que estabeleceu o direito de usufruto do cônjuge viúvo.⁶⁶⁷

Reconheceu-se, outrossim, ao companheiro, o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se este deixasse filhos; e ao usufruto de metade dos bens do *de cujus*, não tendo este deixado filhos, mas sobrevivendo seus ascendentes.⁶⁶⁸

Tratou a lei, como se vê, do direito de concorrência sucessória do companheiro com descendentes (inciso I) ou ascendentes (inciso II) do falecido, em usufruto.⁶⁶⁹ E no inciso III, diante da ausência de descendentes e ascendentes, destinou-lhe a totalidade da herança

⁶⁶⁷ Estabelecia o referido dispositivo do Código Civil revogado: “§ 1.º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*”.

⁶⁶⁸ Acerca dessa regulamentação dos direitos sucessórios do companheiro, convém registrar as observações de Débora Gozzo: “Chama a atenção o fato de o legislador ter estabelecido as mesmas quotas do cônjuge sobrevivente para o companheiro, isto é, um quarto, se concorresse com descendentes e, metade, se a concorrência se desse com ascendentes. A equiparação nestes termos era inequívoca. No entanto, também era evidente que o legislador havia beneficiado o companheiro, mais do que o cônjuge, por uma razão muito simples, a saber: o direito à concorrência, no que tocava ao companheiro, poderia ser exercido independentemente de regime de bens, o que não acontecia com o cônjuge. Portanto, para o companheiro a norma seria aplicável sempre. A partir daí, tanto a doutrina quanto a jurisprudência auxiliaram na correção dessa desigualdade entre companheiro e cônjuge, estabelecendo que este exerceria este direito em qualquer regime de bens. Equiparou-se, pois, o cônjuge ao companheiro sobrevivente. Desse modo, o que poderia parecer num primeiro olhar inconcebível ao ordenamento, que sempre primou por privilegiar o casamento, concretizou-se por meio dessa interpretação doutrinária e jurisprudencial. Neste momento tudo levava a crer não haver lugar para discriminações”. (GOZZO, Débora. Discriminação do companheiro frente ao cônjuge: uma análise do art. 1.790 do Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos, p. 31).

⁶⁶⁹ O direito de usufruto sobre o patrimônio do falecido considerado como um todo, independentemente de sua origem, é criticável. Seria melhor que o legislador tivesse estabelecido esse direito apenas sobre os bens componentes do patrimônio exclusivo do casal, ou, ainda, que tivesse concedido ao convivente parte da herança, em propriedade, pois o direito ao usufruto acaba por estorvar o direito dos descendentes e ascendentes. (Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaga. **Estatuto da família de fato**, p. 304).

(neste caso, a propriedade, e não apenas o usufruto).

Comentando a regulamentação sucessória presente na Lei n.º 8.971/94, Álvaro Villaça Azevedo já reconhecia que o companheiro fora tratado como herdeiro necessário:

Nesta hipótese sucessória, ficou o companheiro com mais direitos do que o cônjuge, pois [...] em caso de sucessão, **na qualidade de herdeiro necessário**, receberá todos os bens do convivente morto, inclusive os adquiridos a título gratuito, incluindo, ainda, os bens adquiridos pelo falecido antes da relação concubinária. Tudo em detrimento dos herdeiros colaterais. (grifo nosso).⁶⁷⁰

No mesmo sentido, temos a lição de Luiz Edson Fachin⁶⁷¹, que também observou que o companheiro foi tratado como herdeiro necessário pelo artigo 2.º, inciso III, da Lei n.º 8.971, defendendo a revogação tácita do artigo 1.725 do Código Civil de 1916⁶⁷², para que o cônjuge também não mais pudesse ser afastado da sucessão por testamento. A propósito, já prelecionava Caio Mário da Silva Pereira:

A alínea III do art. 2º, relativa ao direito do companheiro sobrevivente à titularidade da herança, na falta de descendentes e de ascendentes, gerou conflito de lei de difícil solução. No nosso entender, a companheira (ou companheiro) foi colocada pela Lei nº 8.971/94 em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária e vice-versa. Sob certo aspecto, foi considerada “herdeira necessária”. Respeitado o direito do *de cujus* de testar a parte disponível, cabia à companheira disputar a “totalidade de herança” prevista no item III do art. 2º, se o falecido não deixasse descendente, nem ascendente.⁶⁷³

Entretanto, ao apreciar a questão controvertida, o Superior Tribunal de Justiça

⁶⁷⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 309.

⁶⁷¹ Ponderou o autor: “Grave e séria é a consideração acerca do projeto parental do companheirato feita pelo legislador, pois se for tomado comparativamente à situação do cônjuge, enquanto este (na exegese estrita do Código Civil, artigo 1.603 combinado com os artigos 1.721 e 1.725) se enquadraria como herdeiro facultativo, podendo ser privado da herança por disposição de vontade do *de cujus*, o companheiro herda (‘terá direito’, diz o inciso III do artigo 2.º) sem essa possibilidade de afastamento. A parificação de estatutos seria como caminho razoável a percorrer, com a revogação tácita do artigo 1.725, no tocante ao cônjuge. E, se assim for, os companheiros submeter-se-iam ao regime da indignidade hereditária”. (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil, p. 83).

⁶⁷² O artigo 1.725 do Código Civil de 1916 recebeu a seguinte redação, originalmente: “Art. 1.725. Para excluir da sucessão os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar.”. O Decreto n.º 3.725, de 4 de dezembro de 1919, ao fazer diversas correções no Código Civil de Beviláqua, modificou a redação do referido dispositivo, para se acrescentarem as palavras “o cônjuge ou” antes de “os parentes colaterais”. A redação modificada passou a deixar claro que o cônjuge não era herdeiro necessário: “Art. 1.725. Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar.” Com a edição da Lei n.º 8.971, todavia, passou-se a questionar se o cônjuge ainda poderia ser afastado da sucessão, uma vez que a mencionada lei parecia indicar que isso não poderia ocorrer com o companheiro.

⁶⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família, Anexo – A, p. 540.

adotou orientação diversa da defendida pela doutrina, entendendo que a Lei n.º 8.971 não incluía o companheiro entre os herdeiros necessários e que, por conseguinte, era lícito ao testador excluí-lo de sua herança, mediante testamento no qual dispusesse de todo o seu patrimônio.⁶⁷⁴

O recurso especial foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em sede de agravo de instrumento, que considerou válido o testamento deixado pelo *de cujus*, mesmo após a superveniência da Lei n.º 8.971/94. Segundo o relator, Ministro Waldemar Zveiter, os dispositivos da lei especial não poderiam ser interpretados isoladamente, sem a conjugação dos princípios balizadores do direito sucessório insculpidos no Código Civil. Invocando a lição de Carlos Maximiliano, o relator sustentou que é através do método sistemático de interpretação das normas que o hermeneuta melhor apura o sentido de seu conteúdo. Considerou que a sucessão legítima seguia a ordem prevista no artigo 1.603 do Código Civil de 1916, pela qual o cônjuge só herdava em terceiro lugar, na ausência de descendentes e ascendentes.

Com efeito, ensina Carlos Maximiliano que o processo sistemático de interpretação consiste em “comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”.⁶⁷⁵ Por meio dessa regra interpretativa, o cônjuge deveria ter sido considerado herdeiro necessário muito antes da edição da Lei n.º 8.971/94. Consideradas todas as normas em conjunto e de forma harmônica, constata-se que o artigo 1.603 do Código anterior havia de ser interpretado em consonância com os §§ 1.º e 2.º do artigo 1.611, incluídos pela Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962.

A partir da vigência dessa lei, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, o cônjuge, que antes só herdava na terceira classe da ordem de vocação hereditária, passou a concorrer com os descendentes e ascendentes do falecido, ocupando juntamente com eles a primeira e a segunda classes de sucessíveis, tornando-se, por conseguinte, herdeiro necessário. Diante disso, o artigo 1.721 do Código Civil de 1916, que só se referia ao descendente e ao ascendente como tendo pleno direito à legítima, mas que fazia remissão

⁶⁷⁴ “CIVIL. TESTAMENTO. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o direito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira”. (STJ, REsp 191.393/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2001, DJ 29/10/2001, p. 201).

⁶⁷⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 128.

expressa ao artigo 1.603, deveria ser interpretado em conjunto com o artigo 1.611, que complementara a ordem vocacional. Ainda que não tenha sido o propósito do legislador alterar o rol dos herdeiros necessários, acabou por fazê-lo, conquanto indiretamente, como decorrência inevitável da inclusão do cônjuge nas primeiras duas classes da ordem de vocação hereditária.⁶⁷⁶ Com a Lei n.º 8.971/94, o mesmo ocorreu com o companheiro.

No caso concreto, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a companheira do testador pretendia ver reconhecida a ineficácia do testamento para que lhe fosse atribuída a totalidade da herança, com base no artigo 2.º da Lei n.º 8.971/94. Em relação a isso, a decisão daquela Corte pode ser considerada correta, porquanto a companheira, pelo testamento, foi nomeada herdeira de todos os bens móveis e fiduciária de todos os imóveis. O testador concedeu-lhe, portanto, mais do que usufruto e até maior direito de propriedade do que o mínimo exigido por lei. Destinou-lhe a propriedade de todos os bens, embora resolúvel em relação a parte deles.⁶⁷⁷

Para aclarar o tema, vale a pena refletir acerca da origem do entendimento doutrinário pelo qual o companheiro seria herdeiro necessário. Isso parece ter decorrido da redação do inciso III do artigo 2.º da Lei n.º 8.971/94, no sentido de que, na ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente teria “direito à totalidade da herança”. Numa interpretação literal, porém, o testador não poderia deixar absolutamente nada de seu patrimônio a terceiros. De acordo com esse raciocínio, o companheiro não poderia ser privado de nenhuma parte da herança, sendo um herdeiro necessário com direito a parcela superior à dos descendentes e ascendentes.

⁶⁷⁶ Gustavo Tepedino, ao observar que o usufruto viual do cônjuge não poderia ser afastado por testamento, além do fato de recair sobre fração abstrata do patrimônio transmitido, concluiu que o cônjuge teria sido elevado à condição de herdeiro necessário pelo Estatuto da Mulher Casada. (TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**, p. 49-50). Com base nisso, teceu a seguinte observação pertinente: “Submeter o direito do cônjuge à vontade do *de cuius*, quando o legislador assim não o fez, encaixa-se perfeitamente no conservador desenho jurisprudencial em matéria, que vem se revelando competente insídia para a não aplicação do § 1.º do art. 1.611” (Ibidem, p. 79). O mesmo pode ser dito com relação à reticência dos tribunais em considerar o companheiro herdeiro necessário.

⁶⁷⁷ Havendo descendentes e ascendentes, a companheira receberia apenas o usufruto. Na falta deles, porém, ela receberia a propriedade dos bens. Indubitavelmente, embora o artigo 2.º, inciso III, se referisse à “totalidade da herança”, isso compreendia apenas a herança não incluída em testamento, pois poderia o testador dispor da metade de seu patrimônio. Seja como for, percebe-se que, no caso concreto, a companheira parece ter sido mais beneficiada pelo testamento, do que o seria pela lei, em decorrência da garantia da legítima.

Obviamente, tal entendimento seria absurdo.⁶⁷⁸ Por sua vez, o extremo oposto, no sentido de que o companheiro poderia ser privado de toda a herança, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, também nos parece inapropriado. Afinal, se o companheiro, nas hipóteses dos incisos I e II, concorre com descendentes e ascendentes — retirando parte de seus direitos reais, inclusive em relação à legítima, se o testador dispusesse de sua metade disponível em testamento —, mesmo sendo eles herdeiros necessários, é óbvio que não poderia ser privado de todos os seus direitos diante da ausência de tais sucessores.

Melhor explicando, suponhamos que o testador tivesse deixado sua parte disponível a um irmão, parente colateral. Havendo filhos, eles receberiam a metade do patrimônio, que constitui a legítima. Esta, todavia, seria repartida entre eles e a companheira. Afinal, em relação a um quarto da parte indisponível, os descendentes só herdariam a nua propriedade, pois a companheira é quem receberia o usufruto. Daí indaga-se como poderia ela, se não fosse herdeira necessária, receber um direito que compõe a legítima dessa classe de sucessores.

O mesmo ocorreria na hipótese em que o *de cujus* não tivesse descendentes, mas deixasse ascendentes vivos. Só que, neste caso, o direito real da companheira seria ainda maior: usufruto sobre metade do patrimônio do falecido. Ou seja, os ascendentes, embora herdeiros necessários, só receberiam a propriedade plena de metade dos bens que compunham a legítima, pois, em relação à outra metade, seus direitos reais seriam repartidos com a companheira.

Salienta-se, ademais, que, em ambos os casos exemplificados, a companheira não poderia ser afastada da sucessão por testamento, pelo menos em relação aos bens que compunham a legítima, pois desta o testador não poderia dispor. E não podendo fazê-lo, uma parcela desse patrimônio necessariamente seria destinada à companheira, ainda que não sob a forma de propriedade, mas de usufruto.⁶⁷⁹

⁶⁷⁸ Nesse ponto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi correta. Em seu voto-vista, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito expressou com acerto: “É claro que esse caminho não pode prosperar. O inciso III do art. 2.º da Lei n.º 8.971/94, que cuida do direito à totalidade da herança, deve ser interpretado em conformidade com o sistema do Código Civil, sob pena de gerar enorme desequilíbrio entre a situação dos companheiros e dos cônjuges”. (STJ, REsp 191.393/SP, Voto-vista, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

⁶⁷⁹ Conforme elucida Carvalho Santos, herdeiros necessários são aqueles a quem se defere a herança mesmo contra a vontade do testador. SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. 32v.; v. XXIV, p. 73). E, nesse sentido, o companheiro era claramente herdeiro necessário segundo a dicção da Lei n.º 8.971/94.

Sendo assim, e a despeito da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, a companheira continuaria sendo herdeira necessária em relação, pelo menos, ao direito real de usufruto.

Carece de toda lógica, porém, a decisão que sustenta que, diante da ausência de descendentes e ascendentes, poderia a companheira ser privada de toda a herança, não recebendo nem propriedade, nem usufruto. Há que se indagar: como pode a companheira ter direitos frente aos parentes em linha reta, que são herdeiros necessários, mas não em relação aos colaterais, que não são?

Indubitavelmente, a melhor interpretação era aquela que conferia à companheira (ou companheiro) o direito de receber a “totalidade da herança”, que seria, no mínimo, a parte indisponível restante do acervo hereditário, caso o falecido dispusesse da outra metade. Em sendo assim, deveria ser considerada herdeira necessária em relação à legítima, assim como se dava com os descendentes e os ascendentes.

O caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, todavia, conforme já salientado, incluía a pretensão da companheira à totalidade do patrimônio (incluindo a parte disponível e a parte indisponível), com o fim de se afastar a eficácia de toda a disposição testamentária. Daí o acerto do julgamento no sentido de que o testamento era válido e eficaz.

Entretanto, a justificativa apresentada pelos Ministros, *data venia*, não pode ser aceita. No máximo, poderiam ter entendido que o direito da companheira não constituía propriamente direito de herança, mas um legado *ex lege*, instituído pelo legislador a fim de

não deixá-la ao desamparo.⁶⁸⁰ Mesmo que assim fosse, ainda restaria a dificuldade de se justificar como esse direito poderia incidir sobre a legítima dos herdeiros necessários, além do fato de que, nas hipóteses dos incisos I e II, não há margem legal para se sustentar que o direito dos companheiros pudesse ser subtraído pelo testador.

A posição de herdeiro necessário, como se nota, não deve decorrer da interpretação isolada do inciso III do artigo 2.º da Lei n.º 8.971/94, mas do dispositivo como um todo, incluindo-se os incisos I e II, numa interpretação sistemática.⁶⁸¹

Claudia Grieco Tabosa Pessoa concluiu que o companheiro não teria sido elevado à condição de herdeiro necessário pela Lei n.º 8.971/94, porquanto essa lei tivera o propósito

⁶⁸⁰ Acerca da natureza do usufruto viual destinado ao cônjuge, já explicava Caio Mário: “Alguns problemas ocorrem na qualificação deste direito. Em oposição ao do nu-proprietário com quem concorra (descendente ou ascendente), que é considerado ‘herança’, a doutrina costuma caracterizá-lo como um ‘legado’, e ao usufrutuário se dá o apelido de legatário *ex lege*. Mais recentemente, porém, identificam-se manifestações favoráveis à sua caracterização como *herança necessária*, ao argumento de que o direito concedido ao cônjuge, além de insuscetível de ser afastado em testamento, recai sobre fração abstrata do patrimônio transmitido, e não sobre coisa singularizada; em consequência, o cônjuge, a partir do Estatuto da Mulher Casada, teria sido alçado à condição de herdeiro necessário”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 19. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. VI, p. 123). Nesse sentido, Gustavo Tepedino combate vividamente a concepção do instituto como legado *ex lege*. Após relembrar que o herdeiro é sucessor a título universal e o legatário é sucessor a título singular, conclui: “Estabelecida tal distinção, e antepondo-a ao texto do art. 1.611, § 1.º, que afirma ter o cônjuge direito, guardados os pressupostos conhecidos, ao usufruto da **quarta parte dos bens** do cônjuge falecido, ou à **metade dos bens**, de acordo com a existência ou não de filhos, não parece possível esquivar-se da iniludível constatação de que o legislador reserva ao cônjuge **parte alíquota de todos os bens do cônjuge falecido**, e que, sendo verdadeiro, como é verdadeiro, que o conjunto de **todos os bens do cônjuge falecido** forma a herança, lhe reservou o legislador **parte alíquota da herança**. (TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. 2. ed., p. 60). Convém registrar que o Código Civil português, no artigo 2030º, n.º 4, atribui expressamente ao sucessor a qualificação de legatário: “ARTIGO 2030º (Espécie de sucessores) [...] 4. O usufrutuário, ainda que o seu direito incida sobre a totalidade do património, é havido como legatário”. Apesar disso, Inocêncio Galvão Telles defende que o usufruto instituído sobre o acervo hereditário ou sobre fração dele constitui herança: “Mas evidentemente se no plano do direito positivo o jurista tem de acatar a qualificação legal ainda que discorde dela, pode sempre no plano do direito ideal manifestar essa discordância submetendo a crítica as prescrições legais. Ora temos por certo que a qualificação do usufrutuário universal como legatário se não justifica”. (TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões: noções fundamentais**, p. 216).

⁶⁸¹ Raciocínio semelhante, como se verá, há de ser aplicado na interpretação do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Neste diploma, porém, o companheiro recebeu não apenas o direito de usufruto, mas o direito de propriedade. Diante disso, ainda que se entendesse que o companheiro não era herdeiro necessário pela Lei n.º 8.971/94, visto que a propriedade dos bens era destinada aos descendentes e ascendentes, o mesmo não ocorre no Código Civil, já que nele o companheiro participa do direito real de propriedade, herdando parte daquilo que claramente constitui a legítima dos herdeiros necessários e, que, por lei, só pode ser destinada a tais sucessores.

de equiparar a posição sucessória entre companheiros e cônjuges.⁶⁸² Exatamente por esse motivo, porém, é que os companheiros foram elevados à categoria de herdeiros necessários, haja vista que, assim como os cônjuges, eles concorreriam com os parentes em linha reta do falecido.

5.2 TRATAMENTO ESPECÍFICO DA MATÉRIA NO CÓDIGO CIVIL

O artigo 1.790 do Código Civil, que trata do direito sucessório dos companheiros, não estava presente no texto original do Anteprojeto, de 1972, nem no Projeto 634 de 1975, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984. Até esse ano, portanto, não havia dispositivo que previsse a sucessão entre os companheiros.

Em 12 de junho de 1984, o Projeto foi remetido ao Senado, recebendo o n.º 118. Durante sua tramitação nessa casa, o Senador Nelson Carneiro apresentou a Emenda n.º 358, visando introduzir no Código Civil um dispositivo que trataria da sucessão na união estável.

A referida emenda inspirou-se no artigo 668 do Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes⁶⁸³, de 1963, em cujo texto constava o seguinte artigo:

Art. 784. Sucessão da Companheira – A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo que em sua companhia tenha estado nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão, nas condições seguintes:

I – Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei é atribuída ao filho;

II – Se concorrer com descendentes do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles;

⁶⁸² “Os direitos sucessórios dos companheiros, tal como dispostos na Lei n.º 8.971/94, apresentam-se equiparados aos dos cônjuges, o que nos permite concluir que o legislador conferiu-lhes a condição de herdeiros legítimos, ou seja, por força de lei e não por vontade presumida do *de cujus*. Nessa categoria dos herdeiros legítimos, ante a sua equiparação à posição dos cônjuges, os companheiros assumem a condição de herdeiros facultativos, ou seja, sua existência não impede a disposição, em testamento, de todos os bens do testador, sendo chamados a suceder, pela ordem de vocação hereditária, se não houver herdeiros necessários ou eventual disposição que os exclua, por testamento”. (PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**, p. 224-225).

⁶⁸³ GOMES, Orlando. **Código Civil**: projeto Orlando Gomes, p. 224-225.

III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

IV – Não havendo parentes sucessíveis, terá direito a dois terços da herança.

O dispositivo tinha precedente no Código Civil mexicano⁶⁸⁴, cujo artigo 1.605 já tratava da sucessão dos concubinos⁶⁸⁵, regulando seu direito de herança de acordo com as disposições relativas à sucessão do cônjuge.

O Senador Nelson Carneiro praticamente reproduziu o texto de Orlando Gomes, com alteração apenas no *caput* do artigo, para substituir “desquitado” por “separado judicialmente, divorciado”. Sua emenda, apresentada originalmente em 18 de setembro de 1984, propunha a seguinte redação:

Art. . A companheira do homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo que em sua companhia tenha estado nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão, nas condições seguintes:

I – Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei é atribuída ao filho;

II – Se concorrer com descendentes do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles;

III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

⁶⁸⁴ Explicou Orlando Gomes: “O preceito tem precedente no direito mexicano. Objeções de teor moralizante inadvertido podem levantar-se contra a inovação, mas, em verdade, não procedem, se analisada a disposição sem espírito preconcebido. Uniões estáveis, santificadas pelo sacramento do matrimônio, não asseguram à mulher direito hereditário, deixando-a ao desamparo se morre o marido sem ter se unido também pelos laços do casamento civil. Outras com a mesma estabilidade, mas constituídas ao acaso das circunstâncias, jogam-na, não raro, em situação desesperadora porque o companheiro, egoísta, desconfiado, ou negligente, não as legalizou. Desde que em hipótese alguma a família será prejudicada, porquanto a sucessão da companheira não exclui a dos parentes, nem a reduz, melhor será atribuir-lhe francamente um direito hereditário, que nada tem de escandaloso, do que permanecer na situação atual em que esse direito, não atribuído por lei, é praticamente reconhecido por artificiosas razões”. (GOMES, Orlando. **Código Civil**: projeto Orlando Gomes, p. 90).

⁶⁸⁵ Código Civil de La Republica Mexicana: “*Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse reciprocamente, aplicandose las disposiciones relativas a la sucesion del conyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran conyuges durante los cinco anos que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en comun, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este articulo, ninguno de ellos heredará.*” (Tradução livre: Código Civil da República Mexicana. Artigo 1.635. A concubina e o concubino têm direito a herdar-se reciprocamente, aplicando-se as disposições relativas à sucessão do cônjuge, sempre que houverem vivido juntos como se fossem cônjuges durante os cinco anos que precederam imediatamente a sua morte ou quando tiverem tido filhos em comum, sempre que ambos tenham permanecido livres de matrimônio durante o concubinato. Se, ao morrer o autor da herança, lhe sobreviverem várias concubinas ou concubinos nas condições mencionadas no início deste artigo, nenhum deles herdará).

IV – Não havendo parentes sucessíveis, terá direito a dois terços da herança.

Conforme explica o Parecer Final n.º 749 de 1997, da Comissão Especial do Senado Federal⁶⁸⁶, destinada a examinar o Projeto n.º 181, o dispositivo proposto tinha por objetivo assegurar à companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, em cuja companhia vivera nos cinco anos precedentes à sua morte ou de quem tivesse prole, a participação na sua sucessão nos termos que especificava em quatro incisos, conforme concorresse com filhos comuns, com descendentes do autor da herança, com outros parentes dele ou se não houvesse parentes sucessíveis. Nessa ordem, o dispositivo lhe conferia, respectivamente: I – uma cota equivalente à que por lei fosse atribuída ao filho; II – a metade do que coubesse a cada um dos descendentes só do autor da herança; III – a metade da herança assegurada aos outros parentes sucessíveis; e IV – dois terços da herança, não havendo parentes sucessíveis.

Sendo anterior à Constituição Federal, todavia, a emenda não aludia à “união estável”, criada pela Lei Fundamental como entidade familiar. Pretendeu-se realizar, outrossim, a análise da emenda à luz da inovação constitucional, eliminando-se a exigência de convivência por prazo de cinco anos e a existência de prole. Aprovou-se, então, a Emenda n.º 300 (correspondente à Subemenda à Emenda n.º 358), com a seguinte redação:

Acrescente-se ao Capítulo I do Título I do Livro V, após o art. 1.813, o seguinte artigo:

“Art. . Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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.”

Observa-se que, no inciso III, reduziu-se a participação do companheiro a um terço da herança, para que não ficasse em situação superior à do cônjuge em hipótese

⁶⁸⁶ PARECER final n.º 749, de 1997. Relator Senador Josaphat Marinho. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF. v. LII, 15 nov. 1997, p. 69-70.

semelhante, prevista no artigo 1.864 do Projeto.⁶⁸⁷ Além disso, no inciso IV, que tratava da sucessão do companheiro diante da ausência de parentes sucessíveis, considerou-se injustificável limitar a participação do companheiro a dois terços, elevando-se seu direito para receber a totalidade da herança, como se afigurava mais conciliável com a tendência do direito já naquela época. Também houve o cuidado de se estabelecer que o direito do companheiro dar-se-ia apenas na vigência da união estável, para assegurar um tratamento equivalente ao do artigo 1.853 do Projeto⁶⁸⁸, que tratava do direito sucessório dos cônjuges.

Com base na emenda, o texto do Projeto, aprovado pelo Senado, em dezembro de 1997, foi assim redigido:

Art. 1.802. Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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.

Esse texto, proposto pelo Senado, atribuía ao companheiro a participação sobre a totalidade dos bens do falecido, o que foi considerado inapropriado pela Câmara dos Deputados, principalmente por conferir ao companheiro maiores direitos que ao cônjuge, uma vez que este, ao concorrer com os descendentes do *de cujus*, não herdaria de todos os bens, mas apenas de determinada classe deles. O novo texto, proposto pela Câmara, intencionou restringir a sucessão do companheiro também a uma parcela dos bens do falecido, neste caso, aqueles bens adquiridos no decorrer da convivência:

Art. 1.802. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, nas condições seguintes:

⁶⁸⁷ Projeto de Código Civil n.º 118 de 1984: “Art. 1.864. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança. Caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

⁶⁸⁸ Projeto de Código Civil n.º 118 de 1984: “Art. 1.853. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de cinco anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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.

Na justificativa, levou-se em consideração que, na sistemática do Projeto, as regras do regime de comunhão parcial, aplicáveis, em regra, à união estável, alcançavam exclusivamente os bens adquiridos após a instauração da sociedade conjugal, excluídos, portanto, dentre outros, os bens preexistentes, ou sub-rogados seus.⁶⁸⁹

Mais do que isso, porém, intencionou o legislador conferir a cada uma das entidades familiares tratamento nitidamente diverso, debaixo do entendimento de que isso atenderia ao comando presente na Constituição da República Federativa do Brasil, que ordena que a lei facilite a conversão da união estável em casamento (CF, art. 226, § 3.º).

⁶⁸⁹ Consta da justificativa: “É de reconhecer que persiste uma certa desigualdade de tratamento sucessório entre os cônjuges no regime matrimonial e entre os companheiros numa união estável. Nesse particular, qualquer dos cônjuges pode suceder ao *de cujus* na categoria de herdeiro necessário (art. 1.857), podendo inclusive concorrer, dependendo do regime de bens existente, com os ascendentes e até mesmo com os descendentes. (Esta Relatoria-Geral permite-se, neste momento, um comentário, ainda que breve, sobre guindar-se o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, para dizer que discorda dessa orientação. Porém, tendo em vista tratar-se de texto original do projeto, não emendado pelo Senado, nada se poderia fazer, a esta altura.). [...] Rejeitada que seja a emenda senatorial, o companheiro sobrevivente de uma união estável não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios atribuídos ao cônjuge sobrevivente. Entretanto, aceito que seja o texto emendado, ocorrerá justamente o oposto, passando a companheiro a deter maiores direitos sucessórios do que aqueles deferidos ao cônjuge. Cuide-se, todavia, da necessidade de em matéria de direito sucessório ser disciplinada a presença do convivente, no rigor dos efeitos jurídicos decorrentes do instituto da união estável, o que perfaz razão relevante para a não supressão da emenda. Por outro lado, não se pode admitir que o convivente tenha tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, mesmo porque este não foi o espírito do constituinte de 1988. A própria formulação do texto constitucional já é suficientemente elucidativa a esse respeito : “... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (CF, art. 226, § 3º). As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio – quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura. Nulidades, anulabilidades, separação, divórcio, figuras indissolúvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem, ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável. Tomamos assim como diretrizes básicas, na caracterização dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a prevalência da relação matrimonial em confronto com o relacionamento estável”. (FIUZA, Ricardo. **Parecer final às emendas do Senado Federal, feitas ao Projeto de Lei n.º 118, de 1984, que institui o Código Civil**, p. 177-180).

Ainda que não se visualize no dispositivo constitucional uma preferência pela família matrimonial, não há como negar as diferenças existentes entre a regulamentação do matrimônio e da família de fato.

Conforme salienta Álvaro Villaça Azevedo, união estável e casamento são institutos distintos, merecendo, por conseguinte, tratamento jurídico diferenciado. Explica o autor que essa diferença não se dá porque seja certo o casamento e errada a união estável, mas porque “são modos de programação de vida familiar, escolhidos pela coletividade, que necessitam ser respeitados.”⁶⁹⁰ E continua: “A convivência livre nasce, na sociedade, espontaneamente, e não pode ser condenada, nem equiparada ao casamento, pois quem vive em concubinato não quer casar-se”.⁶⁹¹

Embora deva a lei facilitar a conversão da união estável em casamento, segundo ordena a Constituição Federal, essa convivência não pode ser convertida automaticamente em casamento civil, pois isso depende da manifestação de vontade dos conviventes. Mesmo que se entenda que o casamento represente uma instituição mais sólida, não pode o Estado forçar as pessoas a se casarem. Obviamente, o povo não pode ser constrangido a contrair matrimônio. Por idêntica razão, não se podem atribuir aos conviventes as mesmíssimas regras destinadas aos cônjuges, pois isso equivaleria a considerar casado quem não se casou, nem desejou fazê-lo. O reconhecimento e a regulamentação da união de fato deve existir para a proteção das pessoas, e não para que o Estado se imiscua indevidamente na vida privada de cada cidadão, que deve poder escolher livremente, entre as diversas possibilidades de formação familiar, aquela que se mais adapta às suas necessidades e interesses.

Atualmente, com a facilidade existente para a dissolução do casamento, resultante tanto do término do requisito temporal (pela Emenda Constitucional n.º 66, de 2010), quanto da possibilidade de divórcio por escritura pública (pela Lei n.º 11.441, de 2007), já não se apresenta o impedimento matrimonial de existência de vínculo anterior um óbice significativo a que as pessoas possam se casar, se e quando desejarem. Portanto, quem não se casa, mas vive em união estável, não pode ser mais considerado como uma vítima da

⁶⁹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 160.

⁶⁹¹ Ibidem, mesma página. Conforme explica o autor, referindo-se ao concubinato puro, a importância da regulamentação dos direitos dos companheiros é necessária “para que exista responsabilidade na união e para que um dos concubinos não se utilize dessa liberdade para prejudicar ao outro ou a seus filhos”. (Ibidem, loc. cit.).

sociedade, obrigada a constituir uma relação de fato por ter sido impedida de se casar. Atualmente, quem realmente deseja, acaba se casando; quem não o faz, é porque não anseia a condição de casado. E se é assim, não constitui nenhuma injustiça o tratamento diferenciado concedido aos companheiros, mesmo que fosse, *ad argumentandum tantum*, inferior ao tratamento dispensado aos cônjuges. Trata-se de uma escolha: quem quer viver em união estável, assim o faz, ciente das limitações de seus direitos; quem não quer, casa-se, também sabedor que o tratamento dispensado aos cônjuges é diferenciado — e, vale dizer, nem sempre mais benéfico no campo do direito sucessório.

Feitas essas observações, cabe-nos analisar minuciosamente o artigo 1.790 do Código Civil, que 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.

De acordo com o *caput* do artigo, a sucessão do companheiro se restringe “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. A lei não se refere — ao contrário do que possa parecer — aos bens comuns, e sim aos “adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Pode ocorrer que haja outros bens comuns, que não tenham sido adquiridos nessas condições. Em relação a tais bens, não haverá direito sucessório. Por outro lado, pode haver bens que tenham sido adquiridos onerosamente no curso da relação, mas que não sejam comuns.⁶⁹² Nesse caso, por mais contraditório que pareça, apesar de constituírem bens exclusivos do autor da herança, o companheiro poderá herdar desses bens, se interpretarmos a lei literalmente.

⁶⁹² Isso poderia ocorrer, por exemplo, se os companheiros fizessem constar, na escritura de compra e venda de um imóvel, que esse bem é de apenas um deles. Nessa hipótese, embora se trate de bem adquirido onerosamente na vigência da união estável, o bem será particular, e não comum. Em outro exemplo, o bem também será particular caso tenha sido comprado em sub-rogação de um bem já pertencente a um dos companheiros antes da convivência.

Não nos parece, porém, que esse sentido literal deva ser seguido. Dentro da sistemática contida no Código Civil, percebe-se que, pelo menos em relação aos descendentes, o legislador intencionou cercear bastante a sucessão do companheiro, assim como já o havia feito quanto à sucessão do cônjuge, embora tenha adotado critérios de concorrência quase inversos.

Na concorrência do cônjuge com os descendentes, o legislador restringiu a sucessão do viúvo aos bens particulares do falecido, sobre os quais o supérstite não tivesse meação, de modo que não ficasse desamparado. Já no que tange à sucessão do companheiro, o critério foi outro: o legislador pretendeu limitar sua concorrência sucessória aos bens para cuja aquisição ele contribuiu. Admitindo-se esse fator, o companheiro só deverá herdar dos bens adquiridos onerosamente com a sua colaboração, ainda que imaterial.

Ao nos depararmos com essa restrição imposta pelo legislador, segundo a qual o companheiro só participa da herança “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, logo percebemos um grande problema. Diante da redação legal, tal limitação seria aplicada em qualquer hipótese de sucessão do companheiro, vale dizer, mesmo quando não houvesse parentes sucessíveis. Isso ocorre porque, ao inserir a restrição no *caput* do artigo 1.790, o legislador fez com que ela comandasse todos os incisos. Outrossim, mesmo na situação prevista no inciso IV — “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança” — o direito do companheiro estaria limitado aos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência. Esse entendimento, contudo, não pode prevalecer, não só por ser iníquo, mas por contrariar todo o sistema sucessório instituído pelo Código Civil e por violar a própria Constituição Federal, conforme será demonstrado a seguir.

Elucida Carlos Maximiliano um dos motivos principais de evitarmos uma interpretação literal:

Resulta imperfeita a obra legislativa; porque as Câmaras funcionam com intermitência, deliberam às pressas, e não atendem somente aos ditames da sabedoria. Preocupam-se, de preferência, com alguns tópicos; fixado o acordo sobre estes, deixam passar sem exame sério os restantes: descuram do fundo, e talvez mais da forma, que é a base da interpretação pelo processo filológico. Daí resultam deslizos que se não corrigem, nem descobrem sequer, mediante o emprego do elemento gramatical: imprecisão de termos, mau emprego dos tempos dos verbos; uso do número singular pelo plural, e vice-versa, ou de um gênero, para abranger os dois; de termos absolutos em sentido relativo e o contrário — o

relativo pelo absoluto; palavras sem significação própria, portanto inúteis; textos falhos lacunosos, incompletos; outros inaplicáveis contrários à realidade, ou prenes de ambiguidade.⁶⁹³

Diante das imperfeições da lei, é mister verificar em quais casos o companheiro herda apenas dos bens adquiridos a título oneroso durante união estável, dentro de uma interpretação sistemática do Código Civil.

5.2.1 Concorrência do Companheiro com os Descendentes

Segundo o artigo 1.790, a companheira ou companheiro participa da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições estabelecidas em seus quatro incisos, dos quais os dois primeiros regulam a concorrência do companheiro com os descendentes.

Antes de analisar esses dois incisos, porém, há que se dar atenção ao disposto no *caput* do artigo, de que a sucessão do companheiro incide apenas sobre os “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Essa restrição tem sido alvo de muitas críticas. Luciana de Paula Assis Ferriani, ao analisar o dispositivo, comenta que o Código Civil retrocedeu bastante no que diz respeito aos direitos dos companheiros, haja vista que “todo o patrimônio que o companheiro sobrevivente irá receber a título de herança será aquele que possui em comum com o companheiro falecido, que também será objeto de meação”.⁶⁹⁴

De fato, em relação à legislação anterior, que não continha essa limitação, temos a impressão de que a sucessão do companheiro foi prejudicada. Afinal, o artigo 2.º da Lei n.º 8.971/94 firmava seus direitos sucessórios sobre toda a herança, independentemente da origem da aquisição do patrimônio. Entretanto, não podemos nos esquecer de que, na presença de qualquer parente em linha reta, o companheiro não recebia nada da propriedade dos bens, mas apenas o direito de usufruto sobre uma quarta parte, em

⁶⁹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 118-119.

⁶⁹⁴ FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

concorrência com os descendentes, ou metade, em concurso com os ascendentes.⁶⁹⁵

Nessa seara, o Código Civil de 2002 foi claramente mais benéfico com o companheiro, pois lhe destina uma fração da propriedade, que antes era toda dirigida aos parentes em linha reta do falecido.⁶⁹⁶ Em sendo assim, pelo menos em concorrência com os descendentes e os ascendentes, a sucessão do companheiro foi melhorada, se comparada

⁶⁹⁵ Explica Débora Gozzo: “Em primeiro lugar, o companheiro, a partir do disposto no *caput* do art. 1.790, continuará concorrendo com descendentes e ascendentes, como já era o caso da Lei n.º 8.971/94. Desta feita, porém, ele não terá um mero **direito de usufruto** sobre a totalidade da herança, mas um verdadeiro **direito de propriedade**, pois a sucessão *mortis causa* é forma derivada de transmissão desse direito. Neste sentido ele teria sido mais bem amparado pelo atual legislador. Essa afirmação, entretanto, é verdadeira em parte. Ora, ao mesmo tempo em que ele passa a ter direito de propriedade sobre determinado quinhão, este corresponderá, em princípio, só a uma parte do patrimônio do *de cujus*. Isto porque o companheiro sobrevivente não pode concorrer sobre todos os bens do falecido. Estes só serão partilhados, na sua integralidade, entre os parentes sucessíveis, sejam eles os descendentes, os ascendentes ou os colaterais até quarto grau. Isto é o que se interpreta da redação do artigo em análise. O companheiro sobrevivente tem garantida apenas uma quota sobre parte do patrimônio adquirido a **título oneroso** durante a constância da união estável. Interessante ainda notar que o legislador restringiu-se a prever a sucessão única e exclusivamente quanto aos bens adquiridos a título oneroso ao longo da união, sem fazer menção ao regime de bens. Este entendimento pode levar à exegese de que o companheiro sobrevivente tem direito de concorrência em todos os regimes de bens, inclusive o da separação voluntária, desde que o companheiro falecido tenha adquirido bens a título oneroso. O mesmo se diga sobre o regime da comunhão universal. Por este regime de bens, o cônjuge não concorre com descendentes (CC, art. 1.829, I), porquanto ele já é meeiro. Nada impedirá o companheiro, contudo, de fazê-lo. No regime da participação final dos aquestos a norma também merecerá aplicação, bem como no da separação voluntária, o que já acontece no casamento”. (GOZZO, Débora. Discriminação do companheiro frente ao cônjuge: uma análise do art. 1.790 do Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos**, p. 35-36). Concordamos, em geral, com as pertinentes observações da autora. Apenas acreditamos que, por restringir a sucessão do companheiro aos bens adquiridos durante a união estável, o legislador conseguiu atingir um bom equilíbrio, não prestigiando demais o companheiro, nem deixando de reconhecer seu direito sucessório.

⁶⁹⁶ Na ausência de parentes em linha reta, contudo, uma simples leitura do artigo 1.790 dá a entender que o companheiro foi enormemente prejudicado, pois teria sido colocado na ordem de vocação hereditária ao lado dos colaterais (art. 1.790, inciso III), que na sucessão legítima também são parentes sucessíveis, segundo o artigo 1.829, inciso IV. Não faz nenhum sentido, porém, o legislador melhorar a posição do companheiro em relação aos herdeiros necessários, mas piorá-la em relação aos facultativos. Essa constatação — embora venha sendo ignorada pela doutrina e pela jurisprudência — deve conduzir-nos a uma hermenêutica mais razoável, fugindo da interpretação puramente literal, para adaptar a sucessão na união estável à sistemática estabelecida pelo Código Civil, no sentido de que os colaterais só devam ser chamados à sucessão na ausência do companheiro, assim como se dá com o cônjuge: “Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”.

com a lei anterior.⁶⁹⁷

Outra maledicência que tem pesado sobre o Código Civil refere-se à acusação de que a sucessão do companheiro em concorrência com os filhos do falecido dá-se de modo exatamente oposto ao que ocorre com o cônjuge: enquanto este só herda dos bens particulares (pois dos comuns já retirou sua meação), aquele só herda dos bens comuns. Dizem os críticos, com base nisso, que o companheiro foi mais favorecido do que o cônjuge, pois, em determinados casos, receberia maior parte do patrimônio do que se fosse casado.

Embora essa questão já tenha sido enfrentada ao tratarmos da razão do tratamento sucessório diferenciado entre cônjuges e companheiros, é relevante observar que o artigo 1.790 não se refere exatamente aos bens comuns, mas “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Embora estes possam ser comuns, pois resultantes do esforço conjunto dos companheiros, que é presumido, pode haver exceções, como na hipótese em que o bem foi adquirido em sub-rogação a um bem particular (CC, art. 1.659, II).

Destarte, nem todo bem comum será incluído na herança do companheiro, haja vista ser possível que sua aquisição não tenha se dado a título oneroso, mas por doação, herança ou legado, em favor de ambos os conviventes (CC, art. 1.660, III). Nesses casos, embora se trate de bem comum, o companheiro não terá direito à sucessão desse mesmo bem, de acordo com a literalidade do *caput* do artigo 1.790.

A ideia do legislador parece ter partido da intenção de evitar falsas alegações de união estável após a morte do autor da herança, de uma pessoa sem escrúpulos, que quisesse adquirir o patrimônio que ele já havia formado anteriormente. Ainda que a concretização desse propósito, no artigo de lei, não tenha sido a melhor possível — por

⁶⁹⁷ A propósito, expressa, Jorge Shiguemitsu Fujita: “Inovou o novo diploma civil para melhor. Basta compararmos com o ordenamento legal anterior, a Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que, em seu art. 2.º, reconhecia ao companheiro ou companheira sobrevivente, enquanto não constituísse nova união, o direito ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houvesse filhos destes ou comuns (inciso I); ou direito ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houvesse filhos, embora sobrevivendo ascendentes (inciso II). Na falta de descendentes e de ascendentes, teria o companheiro ou companheira sobrevivente direito à totalidade da herança (inciso III). No entanto, [...] continuou o legislador civil a atribuir um tratamento diferenciado para o casamento e para a união estável, sobretudo no que toca a sucessão do cônjuge e do companheiro, conferindo a este menos direitos que aqueles destinados ao cônjuge”. (FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Sucessão concorrencial pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o novo Código Civil. **Advocacia Fujita**. Disponível em: <http://www.fujitaadvocacia.com.br/artigo_fujita_002.html>. Acesso em: 4 jan. 2013).

eventualmente prejudicar aquele companheiro que, de fato, viveu muito tempo com o *de cuius*, sem que este adquirisse bem algum durante a convivência —, ela é legítima, pois não desampara totalmente o companheiro, negando-lhe o direito sucessório, nem lhe proporciona vantagens duvidosas, destinando-lhe o patrimônio adquirido pelo falecido no curso de sua vida, em prejuízo dos descendentes.

A constituição de uma família de fato, sem formalidades, não é garantia de enriquecimento. Se uma jovem pobre, por exemplo, passa a conviver com um senhor abastado, que já tinha filhos de um relacionamento anterior, não será justo com esses descendentes que ela conquiste o vultoso patrimônio acumulado por ele durante toda a sua vida. Se a união estável durar pouco tempo, e ele não conseguir novas aquisições durante o período de convivência, é natural que ela saia desse relacionamento do mesmo modo como entrou, ou seja, com poucos recursos financeiros. Não haverá enriquecimento, nem empobrecimento. A formação de uma entidade familiar não é um jogo de loteria, em que se investe pouco para receber muito.

Obviamente, pode ser que o companheiro, pensando no bem-estar de sua amada, trate de protegê-la com uma deixa testamentária ou promovendo-lhe uma doação. Se não o fizer, ela poderá não receber nada no momento de sua morte. Embora pareça injusto, é preciso que se diga que, se o casal não adquiriu bens onerosamente durante sua convivência, é bem provável que nenhum dos dois se empenhou o suficiente para isso.

Diversamente, se a família convivencial durou longos anos, com a conjugação de esforços para a conquista de uma vida afortunada, com o acúmulo de riquezas, é perfeitamente natural que a companheira sobrevivente mantenha sua posição econômico-financeira privilegiada.

Percebe-se, portanto, que quanto mais tempo durar a união estável, e maior o denodo dos companheiros na aquisição dos bens, melhor será o destino sucessório do supérstite, o que se harmoniza perfeitamente com a situação fática criada com a formação dessa entidade familiar. Eis a razão do artigo 1.790 do Código Civil.

Superados esses obstáculos, podemos passar ao exame da concorrência sucessória do companheiro com os descendentes do autor da herança. Como salientado, o artigo 1.790 regula essa sucessão em dois incisos: no inciso I, disciplina o concurso com filhos comuns do casal; no inciso II, a participação com filhos exclusivos do falecido.

5.2.1.1 Concorrência com Filhos Comuns

De acordo com o inciso I do artigo 1.790, se concorrer com filhos comuns o companheiro terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. O dispositivo tem um evidente erro de redação: menciona “filhos”, quando, na realidade, pretende abranger outros parentes em linha reta, incluindo netos, bisnetos e demais descendentes do casal, se e quando forem chamados à sucessão juntamente com o companheiro.

Nesse sentido, o Enunciado 266, da III Jornada de Direito Civil: “Aplica-se o inc. I do artigo 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.”⁶⁹⁸

Como já afirmamos, a regra da sucessão do companheiro é aparentemente oposta à sucessão do cônjuge, quando este concorre com os descendentes: enquanto o cônjuge só herda dos bens particulares, o companheiro só herda dos bens comuns (ou melhor, dos adquiridos a título oneroso durante a união estável).

Parece-nos que a ideia do legislador, neste caso, é que o companheiro não deva receber nada daquilo que não ajudou a conquistar. Percebe-se claramente, outrossim, o tratamento diferenciado que a lei dispensa à união estável, em virtude do modo diferenciado pelo qual essa entidade familiar é constituída.

Deduz-se, ainda, nesse sentido, que também ao contrário do que ocorre com o cônjuge, o companheiro não tem direito à quota mínima de uma quarta parte da herança. Assim, caso haja mais de três filhos, o companheiro continuaria recebendo o mesmo que eles (e somente em relação à metade daquele patrimônio adquirido onerosamente no curso da união estável).

Se, ao invés de concorrer com filhos, o companheiro estiver concorrendo com netos, que sejam chamados à sucessão por cabeça, diante da inexistência de descendentes de primeiro grau, a herança também será dividida por igual entre todos os herdeiros.

⁶⁹⁸ III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias 1º a 3 de dezembro de 2004, Brasília – DF. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

Diversamente, se o companheiro estiver concorrendo com filhos e netos, sendo que estes estão herdando por representação, os descendentes que compuserem essa estirpe receberão, conjuntamente, o que couber a cada um dos outros herdeiros.

5.2.1.2 Concorrência com Filhos Exclusivos do Falecido

Da leitura do inciso I do artigo 1.790, percebe-se que o companheiro só terá o mesmo direito que os filhos do falecido se também for ascendente deles. Caso contrário, a regra aplicável será a do inciso II: “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles”.

Em outras palavras, pode-se dizer que a divisão seria diferente se os filhos fossem apenas do *de cujus*, de uma união anterior, por exemplo. Nesta hipótese, de acordo com o inciso II, o companheiro teria direito à metade do que coubesse a um filho.

Como o dispositivo legal diz que o companheiro tem direito à “metade” do que couber ao filho, e uma vez que desconhecemos esse valor, podemos chamar o que cada filho terá direito de “x”, chegando à conclusão de que o companheiro terá direito à metade desse “x”. Portanto, o companheiro receberá a quantia equivalente a “x/2”, ou, dito de outro modo, a “0,5 x”. A partir disso, encontramos a fórmula para a resolução de qualquer problema:

$$\mathbf{N. \text{ DE FILHOS } \cdot x + 0,5 \cdot x = \text{VALOR DA HERANÇA}}$$

Ou seja, o número de filhos multiplicado por “x” e acrescido de meio “x” é igual ao valor da parte da herança formada pelos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, a ser dividida entre o companheiro e os filhos do *de cujus*.

O valor de “x” corresponde à herança de cada filho. O companheiro receberá metade desse valor, bastando, portanto, dividi-lo por dois.

O cálculo também pode ser realizado de outro modo, evitando-se fazer divisões por números decimais (0,5). Para isso, pode-se descobrir primeiro a herança do companheiro, depois a dos filhos. O raciocínio, neste caso, seria: se o companheiro recebe metade da

herança do filho, isso equivale a dizer que o filho recebe o dobro da herança do companheiro. Assim, se o companheiro recebe “y”, o filho recebe “2 y”. Portanto, a fórmula alternativa seria:

$$\text{NÚMERO DE FILHOS} \cdot 2y + y = \text{VALOR DA HERANÇA}$$

Significa que o número de filhos multiplicado por “2y” e acrescido de mais um “y” será igual ao valor da herança a ser repartido entre o companheiro sobrevivente e os filhos do falecido.

O valor de “y” corresponde à herança do companheiro. Cada filho receberá o dobro desse valor. Para calcular a porção de cada filho, basta multiplicar “y” por dois.

Por fim, uma última lembrança se faz necessária. No artigo 1.790, o inciso I refere-se aos “descendentes”, enquanto o inciso II usa a expressão “filhos”. Apesar da incompreensível diferença trazida pelo legislador, devemos interpretar os dois dispositivos como se referindo aos **descendentes** do *de cujus*, ou seja, não apenas filhos, mas também netos, bisnetos, etc.

Outrossim, se o companheiro estiver concorrendo com netos, que sejam chamados à sucessão por cabeça, diante da inexistência de descendentes de primeiro grau, o cálculo será feito da mesma maneira: cada neto recebe o dobro do que receberá o companheiro.

Diferentemente, se o companheiro estiver concorrendo com filhos e netos, sendo que estes estão herdando por representação, os descendentes que compuserem essa estirpe receberão, conjuntamente, o dobro do que caberá ao companheiro.

5.2.1.3 Concorrência com Filhos Comuns e Exclusivos

Do mesmo modo como se deu com a regulamentação da sucessão do cônjuge, mais uma vez percebemos que o legislador cometeu o erro injustificável de se omitir em relação a uma hipótese bastante comum, a saber, à chamada “filiação híbrida”, que preferimos chamar de “hipótese híbrida”. Ou seja, o Código não diz como ficará a sucessão do companheiro ao concorrer tanto com filhos comuns do casal, quanto com filhos exclusivos

do autor da herança. Nessa hipótese, surge a indagação: aplicaremos o inciso I (fazendo com que o companheiro tenha o mesmo direito que os filhos) ou o inciso II (atribuindo-lhe metade do que for destinado aos filhos)? Dependendo da aplicação de um ou de outro inciso, o resultado da partilha será completamente diferente.

Como tal hipótese, de ocorrência bastante comum, deixou, infelizmente, de ser prevista pelo legislador, a doutrina passou a apresentar três principais soluções possíveis⁶⁹⁹:

1.^a proposta: aplicar o inciso I (considerando todos os filhos como se fossem comuns do casal), atribuindo ao companheiro uma quota igual à dos filhos;

2.^a proposta: aplicar o inciso II (considerando todos os filhos como se fossem exclusivos do falecido), atribuindo ao companheiro metade da quota destinada aos filhos;

3.^a proposta: aplicar os dois incisos (dividindo a herança proporcionalmente,

⁶⁹⁹ Alguns autores chegaram a apontar para uma quarta possibilidade: propuseram que fosse atribuída ao companheiro “uma quota e meia”. Não daremos a essa hipótese maior atenção, por entendermos que seja totalmente descabida. Afinal, isso significaria atribuir ao companheiro mais do que receberia se todos fossem filhos comuns, o que é absurdo. Com efeito, não há nenhum sentido em se somarem os quinhões, a não ser que a herança fosse primeiro dividida em dois grupos: um dos filhos comuns e outro dos filhos exclusivos. Deste o companheiro receberia meia quota; daquele receberia uma quota inteira. Aí, sim, poder-se-ia falar no total de “uma quota e meia”, não de toda a herança, mas da soma da parte de cada grupo de filhos (ou seja, um quinhão de uma metade mais meio quinhão da outra metade). Entretanto, isso teria de ser efetuado de modo que não resultasse num tratamento diferenciado entre filhos, a fim de se evitar uma inconstitucionalidade. Uma saída seria fazer o cálculo inicial de cada grupo, separar a porção do companheiro e depois reunir os valores restantes, dividindo a soma igualmente entre todos os filhos. Há que se reconhecer que essa seria a única maneira de se proceder à atribuição de “uma quota e meia” ao companheiro, sem conferir a este mais do que o inciso I do artigo 1.790 estabelece. Não obstante, é importante notar que essa solução não corresponde a uma quarta possibilidade, pois, na verdade, não passa de um modo alternativo de se efetuar a divisão proporcional da herança segundo o número de filhos comuns e exclusivos, sendo uma das formas de se concretizar a proposta da terceira corrente, que será adiante considerada.

segundo o número de filhos comuns e exclusivos).⁷⁰⁰

A fim de viabilizar a concretização da partilha pela subdivisão proporcional da herança, há muitos anos temos proposto fórmulas que facilitem a realização desse cálculo.⁷⁰¹ Como exemplo das inúmeras fórmulas que poderiam ser criadas para a resolução do problema da divisão da herança quando o companheiro concorre com filhos comuns e exclusivos do falecido, apresentamos a seguinte equação matemática, por meio da qual é possível chegar a um resultado satisfatório, de modo a se realizar uma divisão proporcional:

$$HF = [(N.^{\circ} FC \times VHFC) + (N.^{\circ} FE \times VHFE)] / N.^{\circ} F$$

A fórmula deve ser lida da seguinte maneira: a herança de cada filho é igual ao número de filhos comuns vezes o valor da herança que teria cada filho se todos fossem

⁷⁰⁰ Na primeira edição de seus **Comentários ao código civil**, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka apresentou a proposta de subdivisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo. Explicou que a herança seria primeiro dividida em duas partes (sub-heranças), proporcionalmente ao número de filhos comuns e particulares. Em cada uma dessas sub-heranças, calcular-se-ia a concorrência do convivente, conforme a determinação dos incisos I e II, respectivamente, do art. 1.790. Entretanto, a Professora Giselda Hironaka expressou a preocupação de que os quinhões dos filhos fossem desiguais, ferindo o artigo 1.834 do Código Civil, dispositivo de caráter constitucional. Ademais, salientou que o resultado seria dissociado do espírito do legislador. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856), p. 63). Na segunda edição dessa obra, a autora acolheu uma fórmula algébrica, baseada na proposta de nosso colega, o Professor Gabriele Tusa, a fim de conciliar proporcionalmente a aplicação dos incisos I e II do artigo 1.790, conforme o número de filhos comuns e exclusivos, mantendo-se a igualdade de tratamento entre os descendentes. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit., p. 66). Posteriormente, em artigo em que voltou a abordar o tema, continuou defendendo a utilização da fórmula proposta, ressaltando apenas que o princípio matemático utilizado seria o “*princípio da ponderação*, e não o princípio da proporcionalidade, como se imaginava antes”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade**: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 60).

⁷⁰¹ Há que se registrar, no mesmo sentido, o trabalho concomitante de nosso colega de mestrado e doutorado, Gabriele Tusa, que também propôs um modo fácil de se calcular a herança do companheiro nesses casos. Em 2005, Tusa apresentou, durante o V Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM, interessantes ideias para se criar uma fórmula algébrica para a solução do problema. A proposta de Tusa, posteriormente publicada em um artigo de sua autoria, é que o companheiro não receba “nem um nem meio, mas um coeficiente que quantifique, justamente, a proporcionalidade entre as duas qualidades, condicionadas pela quantidade de filhos de cada modalidade”. (TUSA, Gabriele. Sucessão do companheiro: concorrência com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões**: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 496). Ou seja, à guisa de exemplificação, se há dois filhos comuns e dois filhos exclusivos, o companheiro não recebe nem 1 nem 0,5 parte, mas 0,75 (coeficiente do companheiro, decorrente da fórmula: $2 [i.e., \text{número de filhos comuns}] \times 1 + 2 [i.e., \text{número de filhos exclusivos}] \times 0,5 / 4 [\text{número total de filhos}]$). O resultado final acaba sendo semelhante àquele por nós proposto, embora com uma ligeira diferença, decorrente do fato de que Tusa propõe uma interpretação conjunta dos incisos I e II do art. 1.790, criando-se um coeficiente próprio, enquanto nós propomos o cálculo da média proporcional entre o que o companheiro receberia num e noutro caso.

comuns, mais o número de filhos exclusivos vezes o valor da herança que cada filho teria se todos fossem exclusivos; tudo dividido pelo número total de filhos.⁷⁰²

A herança do companheiro, por sua vez, pode ser calculada a partir do resultado dessa fórmula, subtraindo-se da parte da herança a ser dividida o valor do que cabe a todos os filhos:

$$HC = H - (HF \times N.^{\circ} F)$$

Significa que a herança do companheiro é igual ao valor da herança a ser repartida, menos o valor da herança de cada filho multiplicado pelo número de filhos.⁷⁰³

Alternativamente, é possível utilizar outra fórmula, que permite calcular diretamente a sucessão do companheiro (sem ter que calcular antes a herança dos filhos):

$$HC = H - [(N.^{\circ} FC \times VHFC) + (N.^{\circ} FE \times VHFE)]$$

Nesse caso, a herança do companheiro é igual à herança a ser dividida, menos o valor resultante do número de filhos comuns vezes o valor da herança que teria cada filho se todos fossem comuns, mais o número de filhos exclusivos vezes o valor da herança que cada filho teria se todos fossem exclusivos.⁷⁰⁴

O que se faz, por meio das fórmulas apresentadas, é algo relativamente simples. Primeiro, calcula-se quanto o companheiro receberia em cada uma das duas hipóteses

⁷⁰² Supondo, à guisa de exemplificação, que o valor total da herança a ser partilhada seja de R\$900.000,00 e haja quatro filhos (dois comuns e dois exclusivos), a herança de cada filho seria de R\$190.000,00, conforme a seguir demonstrado:

$$\begin{aligned} HF &= [(N.^{\circ} FC \times VHFC) + (N.^{\circ} FE \times VHFE)] / N.^{\circ} F \\ HF &= [(2 \times R\$180.000,00) + (2 \times R\$200.000,00)] / 4 \\ HF &= [R\$360.000,00 + R\$400.000,00] / 4 \\ HF &= R\$760.000,00 / 4 \\ HF &= R\$190.000,00. \end{aligned}$$

⁷⁰³ Com os valores do mesmo exemplo utilizado anteriormente, de que o valor total da herança a ser partilhada seria de R\$900.000,00 e a herança de cada filho seria de R\$190.000,00, a herança do companheiro, com a utilização dessa fórmula, seria de R\$140.000,00, como demonstrado abaixo:

$$\begin{aligned} HC &= H - (HF \times N.^{\circ} F) \\ HC &= R\$900.000,00 - (R\$190.000,00 \times 4) \\ HC &= R\$900.000,00 - R\$760.000,00 \\ HC &= R\$140.000,00. \end{aligned}$$

⁷⁰⁴ Utilizando-se esta fórmula diretamente, a equação seria assim representada, com a manutenção dos mesmos valores exemplificados acima:

$$\begin{aligned} HC &= H - [(N.^{\circ} FC \times VHFC) + (N.^{\circ} FE \times VHFE)] \\ HC &= R\$900.000,00 - [(2 \times R\$180.000,00) + (2 \times R\$200.000,00)] \\ HC &= R\$900.000,00 - [R\$360.000,00 + R\$400.000,00] \\ HC &= R\$900.000,00 - R\$ 760.000,00 \\ HC &= R\$140.000,00. \end{aligned}$$

previstas em lei. Em seguida, a fim de evitar os dois extremos, não se aplica nenhuma das duas soluções, mas uma intermediária, por meio da obtenção da média aritmética. Procura-se, com base em um critério de equidade, um meio termo entre os dois valores que o companheiro poderia receber em cada um dos casos.

Obviamente, na criação das fórmulas apresentadas acima, levamos em consideração a proporção entre filhos comuns e filhos particulares. Além disso, partimos do pressuposto de que, qualquer que fosse sua origem (ou seja, quer do casal, quer apenas do falecido), eles não poderiam ser tratados de modo diferenciado, posto que deveriam receber o mesmo valor como herança.

Como se percebe, o grande problema não está em se criar fórmulas matemáticas ou modos de se calcular. Isso até pode ser feito, e de diversas maneiras. No entanto, diante das incertezas resultantes, dos possíveis questionamentos decorrentes da dificuldade de entendimento e da maior complexidade na solução do problema, dificultando, conseqüentemente, a finalização do inventário, não acreditamos que a utilização de tais equações seja a melhor saída nesses casos. Portanto, não entendemos que deva ser adotada essa terceira corrente.

Ao mesmo tempo, não nos parece deva ser aplicado apenas um dos incisos, estendendo o que a lei disse a respeito de uma espécie de filhos a outra. Melhor é realmente fazer uma interpretação harmônica dos dispositivos.

O inciso I estabelece que o companheiro que “concorrer com filhos comuns” terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho.

O inciso II, por sua vez, determina que receberá a metade se concorrer com descendentes “só do autor da herança”.

Poderia ser entendido que, na hipótese aventada, a companheira não concorre com descendentes “só do autor da herança”, mas também com filhos comuns. Na verdade, porém, quando o inciso II utiliza a expressão “só do autor da herança”, ele parece estar se referindo à existência de filhos que sejam somente do falecido, e não que haja, na sucessão, somente filhos do falecido.

Por outro lado, o inciso I prevê que o companheiro receba o mesmo que cada filho, se concorrer “com filhos comuns”, o que pode ser interpretado no sentido de que o

dispositivo só deva ser aplicado quando todos os descendentes concorrentes forem do casal. Assim, por exclusão, havendo ainda que um único descendente “só do autor da herança”, teríamos que aplicar a regra do inciso II.

Embora esse segundo posicionamento não seja o majoritário na doutrina, ele é mais coerente com o tratamento igualitário de todos os filhos. Afinal, a parcela superior que o companheiro recebesse caso fosse aplicado o inciso I, seria, por sua morte, destinada apenas a seus próprios filhos. Além disso, se pensarmos que os filhos exclusivos do falecido não poderiam ter sua herança diminuída em favor de um companheiro que não é seu ascendente, a aplicação do inciso II também se revela mais adequada. No entanto, podemos apresentar argumentos favoráveis nos dois sentidos, resumidos no quadro abaixo:

ARGUMENTOS FAVORÁVEIS EM CADA UMA DAS DUAS POSIÇÕES	
APLICAÇÃO DO INCISO I	APLICAÇÃO DO INCISO II
O inciso I não afirma que o companheiro só deva receber por igual se todos os herdeiros forem seus descendentes (<i>i.e.</i> , “apenas com filhos comuns”); diz que receberá por igual se concorrer com “filhos comuns” (havendo ou não também filhos exclusivos).	O inciso II não diz que o companheiro deva receber a metade se todos os herdeiros forem filhos exclusivos (<i>i.e.</i> , “apenas com filhos exclusivos”); diz que receberá a metade se concorrer com filhos exclusivos (havendo ou não também filhos comuns).
O companheiro deve receber o mesmo que os filhos, numa divisão igualitária, desde que haja filhos comuns, pois, na dúvida, melhor é dividir a herança por igual entre todos os herdeiros.	O companheiro só deve receber o mesmo que os filhos se concorrer apenas com filhos comuns, pois não há sentido em diminuir a herança de quem não é descendente do companheiro.
O companheiro já é prejudicado por herdar apenas dos bens adquiridos a título oneroso, não devendo ser ainda mais desfavorecido pela existência de alguns filhos exclusivos do <i>de cujus</i> .	A restrição da herança do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável é apenas um critério adotado pelo legislador, que não necessariamente prejudica o companheiro, e não pode ser invocado para diminuir a herança dos filhos.
A lei quis prever, em regra, a divisão por igual, só admitindo que o companheiro recebesse metade se concorresse apenas com filhos exclusivos do falecido.	A lei pretendeu, acima de tudo, beneficiar os filhos, e só admitiu que o companheiro recebesse por igual se fosse ascendente de todos os filhos com quem concorresse, pois, na sua morte, acabaria transmitindo tudo aos mesmos herdeiros.
	Continua...

...continua.	
A divisão por igual é mais justa, pois não prejudica significativamente os filhos exclusivos, ao passo que a divisão pela metade prejudicaria muito o companheiro.	A divisão por igual é injusta, pois os filhos exclusivos do falecido não têm nenhum vínculo sucessório com o companheiro, e teriam sua herança diminuída por causa dele.
O princípio da isonomia faz com que todos os herdeiros sejam tratados da mesma forma, dividindo-se a herança por igual.	O princípio da isonomia faz com que os filhos sejam tratados igualmente, devendo receber o mesmo valor da herança, que não pode ser diminuído pelo fato de que alguns filhos são descendentes do companheiro supérstite.
A divisão por igual respeita o princípio da igualdade entre os filhos, pois não impede que todos os filhos recebam o mesmo valor como herança.	A divisão por igual afronta o princípio da igualdade, pois os filhos comuns, no momento da morte do companheiro/herdeiro, receberão a parte que fora destinada a este.
Deve-se aplicar o entendimento da doutrina majoritária no caso do companheiro, assim como se aplica a doutrina majoritária do caso do cônjuge, na hipótese de filhos comuns e exclusivos, que defende que a herança seja dividida por igual.	A doutrina majoritária, na hipótese de concorrência do cônjuge com filiação híbrida, não defende o privilégio da reserva da quarta parte da herança; logo, não se deve defender nenhum privilégio do companheiro em situação semelhante.
A aplicação do inciso I deixa a sucessão do companheiro mais próxima à sucessão do cônjuge, pois ambos receberiam, em concorrência com os descendentes, o mesmo que eles.	A aplicação do inciso II protege mais os descendentes, que é o objetivo principal do regramento do direito sucessório, sendo este também o raciocínio utilizado na sucessão do cônjuge.

Considerados todos esses fatores, inclinamo-nos pela aplicação do inciso II, especialmente por considerarmos que o objetivo do regulamento sucessório restritivo do companheiro é proteger, sobretudo, os descendentes, assim como também ocorre com a sucessão do cônjuge.⁷⁰⁵ Ademais, como temos sustentado, a quota do companheiro não

⁷⁰⁵ José Luiz Gavião de Almeida, por exemplo, defende a aplicação do inciso II, por meio de um raciocínio lógico e praticamente invencível: “Os incisos do referido artigo sucedem-se e, eventualmente, se complementam. [...] Essa interpretação também melhor se adapta à intenção do legislador, que privilegiou o filho antes do cônjuge ou do companheiro. Se assim é, entre uma interpretação que garanta quota maior ao convivente e outra que lhe entregue parcela menor, melhor esta última, que beneficia os filhos.” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões** (artigos 1.784 a 1.856), p. 71).

precisa ser igual à quota que o cônjuge receberia em situação semelhante, dadas as disparidades entre as duas espécies familiares.

No entanto, não desconsideremos o fato de que nos tribunais encontram-se decisões nos dois sentidos: tanto pela aplicação do inciso I⁷⁰⁶, quanto pela aplicação do inciso II⁷⁰⁷.

5.2.2 Concorrência do Companheiro com os Ascendentes

Apesar de quase toda a doutrina jurídica nacional deixar de notar, não podemos fugir ao fato de que o tratamento sucessório do companheiro seguiu, em tudo o que era possível, o mesmo tratamento da matéria destinado ao cônjuge sobrevivente.

Em que pese à maior atenção fornecida a quem constituiu, *more uxorio*, a entidade familiar com o *de cujus*, inserindo-o na primeira classe da ordem de vocação hereditária, o legislador ainda se preocupou sobremaneira em dedicar a maior proteção aos filhos do falecido.

No caso da sucessão do cônjuge, isso resta evidente quando observamos que somente na hipótese de concorrência com os descendentes é que o viúvo não herda em determinados regimes de bens, nem sucede na totalidade do patrimônio. Destarte, como já ficou demonstrado, o cônjuge não herda, em regra, no regime da comunhão universal, no regime da separação obrigatória e no regime da comunhão parcial sem bens particulares. Só será herdeiro, por conseguinte, no regime da separação convencional, no regime da

⁷⁰⁶ “Inventário e união estável – Existência de filiação exclusiva do *de cujus* [1 filha] e de filiação em comum com a companheira [1 filho] – Companheira sobrevivente que além de meeira também concorre com os descendentes com relação aos bens obtidos na constância da união estável – Precedente jurisprudencial [REsp 1.117.563] plenamente aplicável ao caso - Não provimento. [...] VOTO [...] Em virtude da existência do filho em comum [que tem exatamente os mesmos direitos que a filha exclusiva do *de cujus*] e tendo em vista o disposto no artigo 1.790, inciso I, do CC, que lhe outorga quota equivalente à que a lei atribuir ao filho comum, a companheira sobrevivente tem direito a 1/3 da herança deixada pelo *de cujus*, referente aos bens havidos na constância da união. (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0470590-88.2010.8.26.0000; Relator(a): Enio Zuliani; Comarca: Limeira; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 22/09/2011; Data de registro: 03/10/2011).

⁷⁰⁷ “Ação de inventário – União estável – Companheira sobrevivente – Meação e sucessão – Concorrência na herança com filhos comuns e filha exclusiva do autor da herança – Aplicação analógica do art. 1.790, II do Código Civil – Preservação da igualdade exigida pelo art. 227, 6º, da CF – Recurso parcialmente provido. (TJSP, Apelação n.º 9134108-32.2008.8.26.0000; Relator(a): Luiz Antonio Costa; Comarca: Caçapava; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 31/08/2011; Data de registro: 20/09/2011).

participação final dos aquestos e no regime da comunhão parcial; em qualquer um desses casos, porém, seu direito não se dará sobre a totalidade da herança, mas apenas sobre os bens particulares do morto. Na ausência de descendentes, porém, o cônjuge herda independentemente do regime de bens e sua participação sucessória incide sobre a totalidade da herança.

Ao regulamentar a sucessão do companheiro, o legislador, *mutatis mutandis*, fez algo muito parecido: também restringiu a sucessão do companheiro a uma parcela dos bens do *de cuius*. Só que utilizou um critério diferenciado, ao definir o objeto de incidência desse direito. Determinou que o companheiro herdaria apenas dos bens comuns, ou, mais precisamente, dos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável. Mas deixou consignado — ainda que de modo inapropriado e com absoluta ausência de técnica legislativa — que essa restrição a uma determinada parcela da herança só ocorreria em caso de concorrência com os descendentes do falecido. Nas demais hipóteses, seu direito incidiria sobre toda a herança. Tanto é assim, que nos incisos III e IV do artigo 1.790 o Código se refere à “herança”, e não mais a uma “quota”, estabelecida pela lei, sobre os “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Ocorre que, ao tratar da concorrência com os descendentes, nos incisos I e II, do referido artigo, o legislador não disse que o companheiro participaria da herança, mas apenas de uma “quota” equivalente à que por lei fosse atribuída ao filho. Malgrado a péssima redação, essa quota só pode se referir à participação que o filho teria sobre os bens comuns, já excluída a metade destinada ao companheiro por força das regras do regime de bens.

Os incisos I e II, outrossim, encontram-se inseparavelmente jungidos ao *caput* do artigo. Por outro lado, o inciso III simplesmente despreza — ainda que por meio de uma atecnia — a previsão do *caput*, referindo-se apenas à “herança”, indistintamente.

A conclusão lógica a que se chega a partir dessa constatação é que, ao concorrer com os ascendentes do autor da herança, o companheiro participará de toda a herança (e não apenas de parcela dos bens), de modo muito parecido ao que ocorre com o cônjuge supérstite.

Essa é a posição defendida por Carlos Roberto Barbosa Moreira, atualizador do volume de direito das sucessões de Caio Mário da Silva Pereira, ao prelecionar: “Quando o

companheiro deva concorrer com ‘**outros parentes sucessíveis**’ (art. 1.790, n.º III), expande-se a base de cálculo de sua fração, a qual passa a incidir sobre toda a herança”.⁷⁰⁸

Esse posicionamento torna-se ainda mais razoável, quando consideramos que, nesses casos, o companheiro recebe sempre a fração de um terço do patrimônio. Nesse modo, ainda que concorra com apenas um genitor, este receberá dois terços, enquanto o companheiro recebe apenas um terço da herança. Nessa mesma situação, o cônjuge receberia a metade, motivo pelo qual já nos manifestamos anteriormente no seguinte sentido: “Melhor seria que o companheiro também recebesse metade da herança nesses casos, principalmente se levarmos em conta que ele só herda dos bens que, de algum modo, ajudou a conquistar”.⁷⁰⁹

Se, porém, adotarmos essa interpretação pela qual o companheiro participará de toda a herança (e não só dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável), o dispositivo se revela mais adequado e menos injusto, conferindo maior proteção à família nuclear do falecido.

Tal interpretação também promove maior compatibilização e coerência entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro. Pelo artigo 1.829, se o cônjuge concorre com os descendentes, herda apenas de determinados bens (inciso I), ao passo que, se concorre com os ascendentes, herda de todo o patrimônio (inciso II). O mesmo deverá se dar com o companheiro.

Com esse entendimento também se evita o grande absurdo condenado pela doutrina e pela jurisprudência, suscitado em caso de concorrência do companheiro com os colaterais do autor da herança, conforme será considerado a seguir.

5.2.3 Concorrência do Companheiro com os Parentes Colaterais

Como visto, o artigo 1.790 determina que um companheiro participe da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, em

⁷⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 17. ed., p. 148-149.

⁷⁰⁹ LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito civil explicado por meio de casos práticos**: sucessões, p. 189.

concorrência com determinados parentes do falecido.

No inciso I, o dispositivo prevê que, se o companheiro “concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”; e o inciso II estabelece que, “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles”.

Na sequência, o inciso III assim prevê: “se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança”.

Ao interpretar esse preceito, a doutrina acaba por incluir entre esses “parentes sucessíveis” todos aqueles que constam da ordem de vocação hereditária do artigo 1.829, quais sejam, não apenas os ascendentes do falecido, mas também seus parentes colaterais, até o quarto grau, nos termos do artigo 1.839: “Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”.

Entretanto, conforme será demonstrado, pelo menos por sete motivos, o companheiro não pode concorrer com os parentes colaterais, devendo receber sozinho a herança diante da inexistência de descendentes e ascendentes.

Em primeiro lugar, há que se reconhecer a posição do companheiro antes dos colaterais para que se dê ao inciso uma interpretação em harmonia com a Constituição, que privilegia a família nuclear, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela monoparentalidade.⁷¹⁰ Os parentes colaterais não fazem parte desse núcleo familiar reconhecido pela Constituição Federal. Por conseguinte, não podem ser tratados de maneira preferencial, em detrimento daqueles que compõem a família do falecido. Irmãos que constituem nova entidade familiar, e principalmente os tios, sobrinhos, primos, tios-avós e sobrinhos-netos, são todos parentes, mas não parte da família, no sentido conferido pelo artigo 226 da Constituição Federal. Não se pode privilegiar um parente distante e prejudicar alguém da família próxima. Sendo assim, os únicos “outros parentes sucessíveis” a quem se admite participarem da herança juntamente com o companheiro são

⁷¹⁰ Inocêncio Galvão Telles, ao tratar da valorização do cônjuge no Direito português, que foi colocado na ordem sucessória à frente dos colaterais, comenta que esse tratamento é acertado, por ser o cônjuge “pilar da família”. (TELLES, Inocêncio Galvão. **Sucessão legítima e sucessão legítimária**, p. 19). O mesmo pode ser dito, no direito brasileiro, a respeito do companheiro, que constitui, ao lado do *de cujus*, a sustentação familiar.

os ascendentes do falecido, normalmente seus pais, em virtude do forte vínculo que os une. Essa concorrência seria a mesma concorrência admitida em relação ao cônjuge.⁷¹¹

Em segundo lugar, pode-se também dizer que a única interpretação possível é a de que os “outros parentes sucessíveis”, mencionados no inciso III do artigo 1.790, são aqueles que podem concorrer com o companheiro, por também serem herdeiros necessários. Os colaterais não se encontram nessa classe, haja vista que o artigo 1.850 do Código Civil prevê que o testador pode afastar da sucessão tais parentes, ao dispor, *in verbis*: “Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

Conforme será demonstrado, não é possível, na prática, a concorrência sucessória entre herdeiros facultativos e herdeiros necessários, pois isto significaria atribuir àqueles parte da legítima, que, pela lei, é direito inafastável destes. Partindo desse raciocínio, o companheiro só pode concorrer com parentes necessários, vale lembrar: descendentes ou ascendentes.

Em terceiro lugar, analisando-se a história da tramitação do Código Civil, percebe-se claramente que nunca foi intenção do legislador permitir que o companheiro concorresse com os colaterais, mas apenas com os ascendentes do falecido.⁷¹²

Segundo consta do Parecer Final n.º 749 de 1997, da Comissão Especial do Senado Federal, destinada a examinar o Projeto n.º 181, o inciso III originalmente pretendia atribuir ao companheiro “a metade da herança assegurada aos outros parentes sucessíveis”.⁷¹³

Entretanto, reduziu-se a participação do companheiro de metade para um terço da herança, para que não ficasse em situação superior à do cônjuge em hipótese semelhante,

⁷¹¹ O tratamento igualitário entre cônjuges e companheiros, neste caso, é justificado, pois ambos integram a família nuclear, dentro de suas diversas formas, admitidas pelo artigo 226, *caput* e incisos, da Constituição Federal.

⁷¹² Poder-se-ia argumentar que, se o legislador não quisesse que o companheiro concorresse com os parentes colaterais, teria utilizado a expressão “ascendentes”, ao invés de “outros parentes sucessíveis”. No entanto, a falta de exatidão redacional dos incisos do art. 1.790 demonstra que esses dispositivos nem sempre podem ser interpretados literalmente. Fosse assim, pelo inciso I, o companheiro não concorreria com netos ou bisnetos comuns, uma vez que esse inciso se refere apenas aos “filhos comuns”. A concorrência com os demais descendentes seria então regulada pelo inciso III, em total desarmonia com o inciso II, que se refere aos “descendentes só do autor da herança”. Obviamente, a interpretação literal dos incisos nos conduziria a verdadeiros absurdos.

⁷¹³ PARECER final n.º 749, de 1997. Relator Senador Josaphat Marinho, p. 70.

prevista no artigo 1.864 do Projeto, que previa: “Art. 1.864. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança. Caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Como se percebe, o referido dispositivo (correspondente ao art. 1.837 do Código Civil de 2002) já atribuía ao cônjuge um terço da herança na hipótese de concorrência com ambos os pais do falecido. E o claro propósito do Senado Federal foi possibilitar que o companheiro tivesse semelhante direito, se concorresse com os mesmos “parentes sucessíveis”, vale ressaltar, os pais do *de cujus*.

Em quarto lugar, pode ser invocado o fato de que, de maneira geral, o Código Civil melhorou a situação sucessória do companheiro, em relação à legislação anterior. Na Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, o companheiro, na maioria dos casos concretos, só recebia o usufruto, pois não herdava a propriedade dos bens diante da existência de qualquer parente em linha reta. Pelo Código de 2002, passou a herdar parte da propriedade, junto com esses parentes. Em outras palavras, o novo diploma retirou uma parcela dos bens que antes eram inteiramente destinados aos descendentes e ascendentes para entregá-la ao convivente. Ora, se até os parentes em linha, que são herdeiros necessários por excelência, tiveram sua sucessão parcialmente prejudicada em favor do companheiro, como poderiam os colaterais, meros herdeiros facultativos, ter posição mais privilegiada? Obviamente, isso é inadmissível.

Em quinto lugar, o artigo 1.790 deve ser interpretado em conjunto com o artigo 1.829, pois ambos tratam da mesma matéria, qual seja, a ordem de vocação hereditária. De acordo com o inciso IV do artigo 1.829, os colaterais são chamados a suceder em último lugar, pois ocupam apenas a quarta classe dos sucessíveis, se não houver mais nenhum membro da família imediata do falecido, a saber, nem descendentes, nem ascendentes, nem cônjuge e — por extensão — nem companheiro. Diversamente do que ocorre com os colaterais, o companheiro sempre é posicionado ao lado do cônjuge em todo o Código

Civil, por ocupar posição equiparada na família.⁷¹⁴

Numa interpretação conjunta, o artigo 1790, inciso III, só pode se referir àqueles parentes posicionados antes do cônjuge na ordem de vocação hereditária do artigo 1.829, ou seja, aos parentes em linha reta.

Em sexto lugar, pode-se sustentar a posição do companheiro como herdeiro único, antes dos colaterais, com base na vigência da Lei n.º 8.971/94. Segundo Miguel Reale, “o novo Código Civil não revogou, por ser lei posterior, as Leis n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e n.º 9.278, de 10 de maio de 1996, ocorrendo um caso típico de vigência concomitante”.⁷¹⁵

Essa lei, conforme já ressaltado, além de prever o direito de usufruto do companheiro, em concorrência com os descendentes e os ascendentes do autor da herança (art. 2.º, incisos I e II), colocava o companheiro na terceira classe da ordem de vocação hereditária, antes dos colaterais, destinando-lhe a totalidade da herança.

Obviamente, por conter dispositivo que trata especificamente da sucessão do companheiro, o atual Código Civil teria revogado o artigo 2.º da Lei n.º 8.971/94, mas isso desde que todos os incisos do artigo 1.790 do novo diploma tenham perfeita eficácia. Entretanto, diante de uma interpretação literal do inciso III do artigo 1.790 do Código

⁷¹⁴ Nesse sentido, prevê o Código Civil: “Art. 1.595. Cada **cônjuge ou companheiro** é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do **cônjuge ou companheiro**. [...] Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo **cônjuge ou companheiro**. [...] Art. 1.775. O **cônjuge ou companheiro**, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito. §1º Na falta do **cônjuge ou companheiro**, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto. [...] Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I – ao **cônjuge ou companheiro**, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; [...] Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu **cônjuge ou companheiro** [...] Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa. Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o **cônjuge ou companheiro** do não legitimado a suceder. [...] Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu **cônjuge, companheiro**, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu **cônjuge ou companheiro** [...] Art. 1.844. Não sobrevivendo **cônjuge, ou companheiro**, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal. [...] Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: [...] III – relações ilícitas com a **mulher ou companheira** do filho ou a do neto, ou com o **marido ou companheiro** da filha ou o da neta [...]” (grifo nosso).

⁷¹⁵ REALE, Miguel. As Entidades familiares. In: _____. **Estudos preliminares do Código Civil**, p. 69.

Civil, no sentido de que ele prevê a concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis (ou seja, colaterais até quarto grau), esse dispositivo seria inconstitucional, não podendo gerar qualquer efeito. Se é assim, estaria mantida a vigência do inciso III do artigo 2.º da Lei n.º 8.971/94, de maneira que, “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”.

Em sétimo lugar, ainda que assim não fosse, ou seja, mantida a vigência do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro não concorreria de qualquer modo com os colaterais, mas receberia a herança sozinho, em decorrência de uma interpretação sistemática do novo diploma. Conforme será considerado no próximo tópico, a inserção do companheiro ao lado do cônjuge no artigo 1.844, dispositivo que encerra o capítulo que trata da ordem de vocação hereditária, pode ser considerada como indicativo de que o companheiro foi incluído na própria ordem vocacional estabelecida pelo Código, ou seja, antes dos colaterais.

Nota-se que, neste caso, o companheiro será herdeiro universal, ou seja, sucessor único, recolhendo toda a herança. Ainda que isso talvez pareça injusto ou excessivo, já era o que ocorria na legislação anterior.⁷¹⁶

5.2.4 Concorrência do Companheiro com o Poder Público

O Projeto de Lei n.º 118 (que se converteu no atual Código Civil) estabelecia, da redação aprovada pela Câmara dos Deputados: “Art. 1.871. Não sobrevivendo cônjuge, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta caberá ao Distrito Federal ou aos Municípios, em que se tiver aberto a sucessão”. No texto consolidado pelo Senado Federal, com a redação final de 1997, porém, foi acrescentada, após a menção ao cônjuge, a expressão “ou companheiro”. No Código Civil vigente, lemos:

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

⁷¹⁶ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaga. **Estatuto da família de fato**, p. 306.

Comentando essa alteração, Álvaro Villaça Azevedo⁷¹⁷ observa que, embora de modo acanhado, a inclusão foi feita ao final do capítulo que cuida da ordem de vocação hereditária. Daí se depreende que o companheiro foi inserido ao lado do cônjuge não apenas para ter preferência ao Poder Público, mas para assim figurar dentro da própria ordem de vocação estabelecida pela lei. Diante disso, sustenta Villaça que o certo seria que a palavra “companheiro” tivesse sido colocada sempre depois de “cônjuge”, em todos os textos sucessórios em que este termo é usado. Todavia, expressa que “melhor teria sido a adoção do prático modelo romano, na Emenda n.º 358, ao art. 1.852 do mencionado Projeto, oferecida no Senado Federal, pelo Senador Nelson Carneiro, em 18 de setembro de 1984, para ser incluída como parágrafo único do aludido art. 1.852”, atual artigo 1.829.

Seja como for, percebe-se que a inclusão do companheiro no atual artigo 1.844 concede-lhe preferência ao Poder Público em relação a toda a herança, uma vez que este só receberá qualquer bem do falecido se não houver companheiro sobrevivente.

O grande problema é que o inciso IV, que atribui ao companheiro a totalidade da herança, estaria sujeito ao *caput* do artigo 1.790, que limita a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Diante disso, uma interpretação literal levar-nos-ia a crer que os demais bens seriam destinados ao Município, ao Distrito Federal ou à União, dependendo da sua localização.

Mario Roberto Carvalho de Faria sustenta posicionamento de que no artigo 1.790, inciso IV, “o legislador quis referir-se à totalidade dos bens do *de cujus* adquiridos a qualquer título e a qualquer tempo”⁷¹⁸, com o que concordamos. Diante disso, não há que se falar em concorrência do companheiro com o Poder Público. Na ausência de outros parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança, e não apenas aos

⁷¹⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 305.

⁷¹⁸ FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões: teoria e prática**, p. 152.

bens adquiridos onerosamente no curso da união estável.⁷¹⁹ Trata-se, segundo entendemos, de desvirtuamento de técnica legislativa, pelo qual o legislador inseriu o texto com inciso, quando, ao contrário, deveria tê-lo feito como parágrafo.

Inocência Galvão Telles, ao discorrer a respeito da valorização do cônjuge no Direito português, que foi colocado na ordem sucessória à frente dos parentes e do Estado, revela que isso ocorreu para “realçar a grande importância da **instituição familiar** na vida social”.⁷²⁰ Sendo a união estável, no ordenamento jurídico brasileiro, considerada pela Constituição Federal como entidade familiar, há que se garantir aos companheiros a mesma proteção, considerando-os à frente dos colaterais e do Estado. Somente assim, estará sendo conferida verdadeira proteção à família, em conformidade com o mandamento constitucional.

5.2.5 Concorrência do Companheiro com o Cônjuge

O Código Civil, ao permitir a união estável enquanto a pessoa ainda está casada (apenas separada de fato), criou uma situação delicada: a possibilidade de o companheiro concorrer à herança juntamente com o cônjuge.

Isso ocorre porque o artigo 1.830 reconhece o direito sucessório do cônjuge se, ao tempo da morte do outro, estavam separados de fato há até dois anos. Além disso, o cônjuge poderá continuar sendo herdeiro além desse prazo, se a separação tiver ocorrido sem sua culpa.

⁷¹⁹ Nesse sentido, o entendimento de Débora Gozzo: “A conclusão a que se chega a partir da leitura dessa norma é a de que, pelo inciso IV do art. 1.790 do Código Civil, o legislador, de fato, garante ao companheiro sobrevivente o direito a recolher o todo do patrimônio deixado pelo falecido, entendendo-se esse todo não só os bens adquiridos a título oneroso, como os particulares. Não faria sentido devolverem-se aqueles ao sobrevivente, devolvendo-se estes ao Município ou ao Distrito Federal. O que parece é que houve má técnica na redação do dispositivo ora em análise. Afinal, se o companheiro sobrevivente estava convivendo com o falecido no momento de sua morte, e se o direito sucessório baseia-se no afeto que une as pessoas para estabelecer a ordem de vocação hereditária, não parece crível que o legislador tenha querido deixar parte dos bens do autor da herança para o Estado. A interpretação mais adequada é a de que o de cujus tenha querido deixar o todo do seu patrimônio para o seu companheiro, desde que não haja outros parentes sucessíveis”. (GOZZO, Débora. Discriminação do companheiro frente ao cônjuge: uma análise do art. 1.790 do Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos**, p. 39).

⁷²⁰ TELLES, Inocência Galvão. **Sucessão legítima e sucessão legitimária**, p. 18.

Na verdade, poderá haver muitas situações em que, pela regra do Código Civil, tanto o ex-cônjuge quanto o atual companheiro terão participação na herança do *de cujus*. Nessas hipóteses, a solução mais coerente parece-nos a seguinte:

O **cônjuge** deverá herdar do patrimônio adquirido até o momento da dissolução da sociedade conjugal pela separação de fato.

O **companheiro** deverá herdar do patrimônio adquirido onerosamente pelo falecido no curso da união estável.

Em suma: a participação do companheiro fica restrita aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, enquanto o direito sucessório do cônjuge limita-se aos bens adquiridos anteriormente, até o momento da dissolução da sociedade conjugal.⁷²¹

Resolvem-se, deste modo simples, os grandes problemas que poderiam surgir na divisão da herança. Afinal, seria inadmissível que o ex-cônjuge pudesse herdar um bem adquirido sem qualquer participação sua e ainda com o possível esforço da companheira. Quanto ao companheiro, de qualquer modo ele não teria direito aos bens adquiridos antes da união estável.

Advirta-se, porém, que essa solução, aparentemente simples, só deverá ser adotada caso se entenda que a segunda parte do artigo 1.830 do Código Civil continua em vigor.⁷²²

5.2.6 Direito do Companheiro à Totalidade da Herança

Estabelece o inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil acerca do direito hereditário do companheiro: “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

⁷²¹ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões, p. 200.

⁷²² Particularmente, entendemos que o cônjuge não deva continuar sendo herdeiro após uma separação de fato consensual e definitiva. A constituição de nova família revela, decerto, que não mais existe o desejo de se restabelecer a vida conjugal. Em sendo assim, o cônjuge só deveria herdar parte do patrimônio se ficasse evidenciado que a separação decorreu de iniciativa exclusiva do falecido. Trata-se, a nosso ver, de situação excepcional, em que se admitiria a concorrência a fim de evitar resultado iníquo. Imagine-se, por exemplo, que o marido abandone repentinamente a esposa, com quem fora casado por décadas, para passar a viver exclusivamente com a amante. Configurada a união estável em curto lapso temporal, não nos parece justo que a esposa seja automaticamente afastada da sucessão – o que poderia causar-lhe indescritível prejuízo, dependendo do regime de bens adotado pelo casal e do modo de aquisição do patrimônio. Trata-se, sem dúvida, de complexa casuística.

O dispositivo parece perfeito. Mas não é. Seu grande problema é que, como inciso, está sujeito ao *caput* do artigo.

O *caput* do artigo 1.790 dispõe que “a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes”, ou seja, nos termos delineados nos seus quatro incisos.

Isso faz com que o inciso IV tenha de ser interpretado em consonância com a cabeça do artigo. Mas isso não faz sentido. Se não, vejamos.

Segundo o *caput*, o companheiro só poderá herdar dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Que dizer, porém, dos bens adquiridos gratuitamente, por doação ou herança? E daqueles que, embora onerosos, tenham sido conquistados anteriormente?

Pela literalidade do artigo e de acordo com a técnica legislativa empregada, esses bens não poderiam ser destinados ao companheiro, como, aliás, também ocorre em todas as hipóteses dos incisos anteriores. Isso ocorre porque, segundo a Lei Complementar n.º 95, de 26 de fevereiro de 1998, que define as normas para elaboração e redação das leis, as disposições normativas, para a obtenção da ordem lógica, devem “expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida” (art. 11, III, c). Em sendo assim, a norma contida no inciso IV do artigo 1.790 deveria ter sido objeto de elaboração de parágrafo, de modo que trouxesse claramente exceção à regra contida no *caput*.

Em não havendo outro parente sucessível, porém, os bens da herança ficariam sem dono. Isso constitui verdadeira aberração jurídica, porquanto os bens seriam retirados da companheira (vale dizer, daquela que formava a entidade familiar do *de cujus*) e entregues a ninguém, sendo considerados *res nullius*. A doutrina não raro tem explicado que tais bens seriam entregues ao Município, após a declaração de vacância da herança.

Todavia, o artigo 1.844 do Código Civil é absolutamente claro, ao dispor: “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.” Ou seja, segundo expressa disposição legal, o Município só poderia ficar com os bens da herança

“não sobrevivendo companheiro”. Havendo companheiro, os bens não podem ser entregues ao Município. Para não admitir esse absurdo, a doutrina tem proposto a interpretação do inciso IV como um dispositivo autônomo, dissociado do *caput*.

O inciso, na verdade, deverá ser interpretado em harmonia com o artigo 1.844 do Código Civil, mas, principalmente, deverá ser feita uma interpretação em consonância com a Constituição Federal. Se o artigo 226, 3.º, de nossa Lei Fundamental reconhece a união estável como entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado, não se pode destruir patrimonialmente quem fazia parte dessa unidade familiar.⁷²³

A herança (quer seja composta de bens comuns, quer de bens exclusivos do *de cujus*) deverá ser destinada à companheira (ou companheiro) sobrevivente. Felizmente, esse tem sido o posicionamento adotado pela doutrina: “nesse caso, não recolhe apenas os bens adquiridos na constância da sociedade familiar, como parece determinar o *caput* do art. 1.790, mas a totalidade dos bens do falecido”.⁷²⁴

No mesmo sentido, o Enunciado n.º 52, adotado no I Encontro dos Juízes de Família do Interior de São Paulo, em Piracicaba (SP), no dia 10 de novembro de 2006: “Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo”.

5.2.7 Posicionamento dos Tribunais acerca da Sucessão do Companheiro

A longa inércia do legislador em regulamentar a união estável, levou os tribunais a

⁷²³ No Tribunal de Justiça de São Paulo, embora no passado houvesse decisões sustentando que o artigo 1.790 fosse inconstitucional, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 0434423-72.2010.8.26.0000, pelo Órgão Especial, em 14/09/2011, decidiu-se pela constitucionalidade do dispositivo. Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça, reconhecendo o papel do Superior Tribunal de Justiça como órgão ao qual compete a última palavra em matéria de interpretação de lei federal, e cuidando para não criar expectativa para a parte, que, ao final, poderia não ter sua pretensão acolhida por aquela Corte, decidiu pela suspensão do recurso, para que se aguardasse o julgamento do incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, suscitado no bojo do REsp 1135354. (TJMG; APCV 5869186-68.2009.8.13.0024; Belo Horizonte; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Alberto Vilas Boas; Julg. 06/09/2011; DJEMG 21/10/2011).

⁷²⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões** (artigos 1.784 a 1.856), p. 72.

se acostumarem a preencher as omissões da lei, decidindo o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, como prevê a Lei de Introdução ao Código Civil (denominada atualmente de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a Redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010), em seu artigo 4.º.

Mesmo com a edição das leis que regulamentaram a união estável (Leis n.º 8.971/94 e n.º 9.278/96), perdurou na jurisprudência a inclinação, até em decorrência das lacunas resultantes dos vetos presidenciais, de continuar aplicando certos princípios jurídicos, como a proporcionalidade, na aplicação da lei ao caso analisado.

Referindo-se a decisão que buscou aplicar com razoabilidade o artigo 5.º da Lei n.º 9.278 de 1996 — atribuindo à companheira o percentual de apenas 15% sobre os bens adquiridos durante a convivência, considerando o tempo de duração da sociedade, a idade das partes e a forma de contribuição indireta prestada —, Álvaro Villaça Azevedo comenta que “foram consideradas peculiaridades, circunstâncias especiais, do caso concreto, que levam o juiz, muitas vezes, a procurar um ideal de justiça, que não poderia ser previsto, genericamente, no texto legal”.⁷²⁵

O mesmo tem ocorrido hoje, com bastante frequência, na aplicação dos dispositivos que regulam o direito sucessório. Há que se questionar, todavia, se o Poder Judiciário tem apenas se utilizado de determinados princípios de hermenêutica, ou se tem atuado como se fosse legislador, invadindo a esfera do Poder Legislativo, e até decidido *contra legem*.

⁷²⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 286.

De fato, o critério utilizado pelo legislador tem sido alvo de muitas críticas.⁷²⁶ À guisa de exemplificação, registrem-se as palavras de Zeno Veloso: “Apesar do péssimo tratamento que nosso Código Civil deu à sucessão dos companheiros, pode haver caso, por incrível que pareça e para aumentar o disparate, em que o companheiro leva vantagem com relação ao cônjuge”.⁷²⁷

É verdade que o aparente descaso do legislador para com a união estável, o que se deduz pela forma inapropriada e omissa com que regulou a matéria no Código Civil, faz com que haja muitas dúvidas acerca do tema, competindo aos Tribunais delinear melhor a aplicação dos dispositivos. Entretanto, a sucessão nos bens adquiridos a título oneroso não constitui propriamente uma “vantagem” concedida ao companheiro, em relação ao cônjuge, mas adoção de critérios diferenciados.

Na sucessão do cônjuge, levou-se em consideração a necessidade de proteger o consorte viúvo naquelas situações em que ele já não estivesse amparado pelo regime de bens. Em outras palavras, dos bens que o cônjuge já tivesse meação, não teria herança.

Quanto ao companheiro, o raciocínio utilizado pelo legislador foi outro: não quis permitir que o companheiro herdasse dos bens particulares do falecido, para cuja aquisição não houvesse colaborado. Pelo que parece, o legislador pretendeu afastar por completo a

⁷²⁶ Giselda Hironaka comenta: “Contudo, encontra-se em vigor a criticada norma (art. 1.790 do CC), razão pela qual o cuidado doutrinário não pode ignorá-la, eis que aplicável, ainda, a todas as hipóteses de sucessão de pessoas que viviam em união estável no momento da morte de um deles. Pois bem. Desta sorte, verifica-se que a sucessão dessas pessoas não dependerá, para que se instale a concorrência do companheiro com os demais herdeiros, da verificação do regime de bens adotado por contrato de convivência ou mesmo por forma tácita, acatando as regras do regime legal por força de disposição legal supletiva — ainda que essa opção legislativa pareça extremamente injusta, por desconsiderar a equalização entre cônjuge e companheiro, determinada pela Constituição Federal brasileira —, mas dependerá, sim, da origem dos bens que compõem o acervo hereditário deixado pelo morto. Por isso, o companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro apenas quanto aos bens adquiridos pelo falecido, onerosamente, na vigência da união estável, ou seja, a concorrência se dará justamente nos bens a respeito dos quais o companheiro já é meeiro. Dessa forma, se o companheiro falecido não tiver amealhado quaisquer bens na constância da união estável, ainda que possuísse um enorme patrimônio anterior, o companheiro sobrevivente restará afastado da sucessão — quer da condição de meeiro, quer da condição de herdeiro concorrente —, sejam quais forem os herdeiros eventualmente existentes. Além disso, outra diferenciação — em decorrência, ainda, do estado civil que uniu o morto e o sobrevivente — diz respeito à extensão da restrição relativa ao regime de bens ou à origem do patrimônio. Assim, se para as pessoas casadas o direito a concorrer era restringido pelo tipo de regime de bens vigente — e apenas na hipótese de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do morto, uma vez que a regra limitativa veio expressa no inc. I do art. 1.829 do CC —, a restrição da espécie de bens sobre os quais deverá incidir a concorrência do companheiro sobrevivente está expressa no caput do art. 1.790 do CC, irradiando seus efeitos por toda a construção legislativa estabelecida pelos seus incisos”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 379).

⁷²⁷ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 43.

mera possibilidade de se constituir uma união estável por interesse apenas sucessório, que visasse à aquisição de um patrimônio já formado antes da convivência, o que resultaria em prejuízo, sobretudo aos filhos do falecido.

Embora aparentemente contraditória, se comparada com a sucessão do cônjuge, a regulamentação da participação do companheiro na herança nasce do pressuposto de que seria inadmissível que um convivente pudesse ficar com parte dos bens que não ajudou a adquirir, talvez até para evitar falsas alegações de união estável por exclusivo interesse hereditário. Com esse propósito, adotou o critério pelo qual a sucessão do companheiro incidiria sobre os bens adquiridos a título oneroso no curso da relação convivencial. Obviamente, é um critério que está sujeito a críticas, mas ainda assim é um critério válido, se o intuito é proteger os descendentes.

Sob essa ótica, não se pode dizer que a sucessão do companheiro seja melhor ou pior do que a sucessão do cônjuge. É simplesmente diferente, conquanto partindo de um mesmo ponto: tanto o cônjuge quanto o companheiro concorreriam à herança sobre determinados bens, apenas, e não sobre todo o patrimônio. A distinção está no fato de que o cônjuge herda dos bens particulares e o companheiro herda dos bens comuns.

Naqueles casos em que o falecido deixa ambas as espécies de bens, com valores iguais, o resultado prático será o mesmo. Em outros, em que houver mais bens comuns, a herança do companheiro será maior, se comparada com a do cônjuge em situação semelhante. Por outro lado, se houver mais bens particulares, a herança do cônjuge será maior do que seria a do companheiro.

Portanto, não é possível, com um único caso, pretender-se sustentar que a sucessão na união estável é mais vantajosa do que no casamento, ou vice-versa. Cada uma parte de um critério próprio, criado por motivos diferentes e fundamentado em razões distintas. Cumpre-nos apenas verificar se tais razões não afrontam a ordem constitucional.

Finalmente, quanto à alegação comumente utilizada, de que a companheira já recebe a metade dos bens, motivo pelo qual não precisaria receber mais uma parcela da outra metade, há que se lembrar da distinção entre meação e herança. O companheiro já é meeiro e não se torna meeiro no momento da morte. Portanto, não se pode considerar sua meação como uma vantagem patrimonial, até porque o patrimônio sobre o qual ela incide pode ter sido adquirido exclusivamente por ele próprio. Nesse caso, não é o companheiro

que receberá a meação; serão os descendentes do falecido que ficarão com a metade dos bens comprados com o esforço do companheiro supérstite.

5.2.7.1 Divergência Jurisprudencial nos Tribunais Estaduais

Apesar das várias decisões dos tribunais acerca da aplicação do artigo 1.790 do Código Civil, a hermenêutica — como bem observado por Gustavo Tepedino — não se esgota no trabalho essencialmente pragmático da jurisprudência, voltada exclusivamente para a análise de casos concretos, motivo pelo qual nem sempre é provida do sentido geral dos institutos e do próprio tecido normativo.⁷²⁸

Diante disso, não podemos simplesmente aceitar toda e qualquer decisão sem questionamento, muito menos havemos de encarar cada acórdão como plena expressão do sentido da lei. A enorme divergência existente sobre a correta interpretação do artigo 1.790 do Código Civil induz-nos a procurar seu verdadeiro significado, em meio a um emaranhado de incertezas preocupantes.

Entretanto, é oportuno analisar alguns dos inúmeros casos levados aos tribunais, a fim de observar a tendência jurisprudencial que vem se formando com relação a esse dispositivo que regula a sucessão da união estável.

Quanto à inconstitucionalidade do preceito legal, encontra-se, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interessante decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE ARTIGO 1.790, INCISO III DO CÓDIGO CIVIL. A decisão agravada está correta. No caso, apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório, não havendo razão para os parentes colaterais permanecerem no inventário. As regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Isso porque a nova Lei substantiva – artigo 1.790, inciso III do Código Civil – rebaixou o *status* hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite. Violação dos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei acima citada, deve o incidente de

⁷²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. 2. ed., p. 1.

inconstitucionalidade ser apreciado pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, mediante seu Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, artigo 481 e seguintes do Código de Processo Civil e artigo 209 do RITJRGS. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO.⁷²⁹

O Tribunal gaúcho considerou que não se pode preterir o companheiro em relação aos colaterais. Estes compõem a quarta posição na ordem de vocação hereditária, somente após todos os parentes em linha reta. O companheiro, ao contrário, foi inserido nas duas primeiras classes da ordem de vocação hereditária, o que é incompatível com a interpretação segundo a qual os colaterais herdam em concorrência com ele. Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso III do artigo 1.790, a Câmara julgadora entendeu que o incidente de inconstitucionalidade deveria ser apreciado pelo Tribunal Pleno dessa Corte de Justiça, mediante seu Órgão Especial.

O Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, todavia, entendeu que o referido dispositivo é constitucional:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA.⁷³⁰

De acordo com a decisão, o artigo não foi considerado inconstitucional, com base no fundamento de que a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Deveras, não ocorreu tal equiparação, mas nem por isso o preceito legal deve ser considerado como constitucional. Não é pela razão de a Constituição da República não ter equiparado as duas espécies de família, que o legislador pode ignorar a proteção garantida constitucionalmente a essa família de fato. Afinal, a união estável é uma das entidades

⁷²⁹ TJRS; AI 70027138007; Porto Alegre; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade; Julg. 18/12/2008; DOERS 11/03/2009; Pág. 31.

⁷³⁰ TJRS, Incidente de Inconstitucionalidade n.º 70029390374, Tribunal Pleno, Relator Leo Lima, Julgado em 09/11/2009.

familiares previstas expressamente pela Carta Magna, merecendo ser privilegiada em relação a parentes colaterais distantes.

Infelizmente, contrariando a tendência das turmas julgadoras, os órgãos especiais dos Tribunais de Justiça têm declarado a constitucionalidade de todos os incisos do artigo 1.790 do Código Civil. Nesse sentido, conforme já consideramos, a decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

União estável. Direito sucessório. Sucessão do companheiro. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido.⁷³¹

Reiteramos que, com relação à disparidade de tratamento entre união estável e casamento, concordamos que não há nenhuma inconstitucionalidade. O problema consiste na interpretação excessivamente prejudicial aos direitos do companheiro, em total desprezo a uma entidade familiar constitucionalmente reconhecida. Nesse sentido caminhavam as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo:

SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. Decisão que entendeu que o companheiro deve concorrer na sucessão da companheira falecida com os colaterais. Decisão incompatível a jurisprudência sedimentada desta 4.^a Câmara de Direito Privado, que não deve deixar de ser conhecido por questões meramente formais. Incompatibilidade do artigo 1.790 do Código Civil com o sistema jurídico de proteção constitucional às entidades familiares e o direito fundamental à herança – Impossibilidade da legislação infraconstitucional alijar direitos fundamentais anteriormente assegurados a partícipes de entidades familiares constitucionalmente reconhecidas, em especial o direito à herança. Colaterais de terceiro grau (sobrinhos) que não devem concorrer na herança com o companheiro que vivia há mais de quarenta anos com a autora da herança. Aplicação do regime do artigo 1.829, I, do Código Civil. Recurso provido.⁷³²

Entretanto, após o julgamento do Órgão Especial, o mesmo desembargador viu-se obrigado a decidir no sentido contrário:

⁷³¹ TJSP, Arguição de Inconstitucionalidade 0434423-72.2010.8.26.0000; Relator(a): Cauduro Padin; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 14/09/2011; Data de registro: 23/11/2011.

⁷³² TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0144063-41.2011.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Relator Francisco Loureiro, 4.^a Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 11/08/2011, Data de registro: 17/08/2011.

SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil ao caso em tela. Arguição de inconstitucionalidade suscitada nestes autos sequer foi conhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal, por força de anterior julgado que já reconheceu a compatibilidade do dispositivo com a Constituição Federal de 1988. Vinculação deste Juízo ao que foi decidido pelo Órgão Especial. Recurso provido, para determinar a incidência do art. 1.790 do CC/02 à demanda em comento.⁷³³

Lamenta-se que a tendência jurisprudencial tenha sido alterada nos Tribunais de Justiça dos Estados. Há que se esperar que, no Supremo Tribunal Federal, seja dada ao artigo 1.790 uma interpretação conforme a Constituição, para afastar os colaterais da sucessão diante da existência de companheiro sobrevivente. No Superior Tribunal de Justiça, isso também não ocorreu.

5.2.7.2 Análise da Matéria pelo Superior Tribunal de Justiça

Conforme já considerado, ao tratarmos da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, os ministros do Superior Tribunal de Justiça entenderam, por maioria de votos, que o recurso próprio para a declaração de inconstitucionalidade é o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, diante do que a Corte Especial não conheceu da

⁷³³ TJSP, Agravo de Instrumento n.º 0191687-23.2010.8.26.0000, Comarca de Barretos, Relator Francisco Loureiro, 4.ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 13/12/2012, Data de registro: 14/12/2012.

Arguição de Inconstitucionalidade.⁷³⁴

Enquanto aguardamos que a questão da inconstitucionalidade seja levada ao Supremo Tribunal Federal, convém retomarmos outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida anteriormente, acerca do concurso entre companheiro e descendentes.

Em abril de 2010, o Superior Tribunal de Justiça decidiu o primeiro caso acerca da sucessão do companheiro em concorrência com filhos do falecido. A longa ementa do acórdão, que teve por relatora a ministra Nancy Andrighi, merece ser aqui transcrita, em virtude de sua íntima relação com o objeto desta pesquisa e por se tratar de consideração inaugural dessa Corte de Justiça, encarregada da interpretação da lei federal:

Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. *De cujus* que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento.

– O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do *de cujus* que vivia em comunhão parcial com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência.

– A regra do art. 1.829, I, do CC/02, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o *de cujus* pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controvertida na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado 270 das Jornadas de Direito Civil,

⁷³⁴ Em 17/08/2011, em julgamento parcial, após o voto do Sr. Ministro Relator acolhendo a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Em 16/05/2012, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha julgando improcedente a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Em 06/06/2012, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki não conhecendo do incidente, em preliminar, pediu vista o Sr. Ministro Felix Fischer. Em 03/10/2012, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, a Corte Especial, por maioria, não conheceu da Arguição de Inconstitucionalidade. Vencidos os Ministros Castro Meira (Relator), Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti. Decidiu-se, em suma, que a inconstitucionalidade incidental não pode ser arguida no STJ pelo autor de recurso especial. A maioria dos ministros do colegiado acolheu a preliminar levantada pelo ministro Cesar Rocha (já aposentado na data do julgamento final), de não conhecimento do incidente, entendendo que, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, no sistema brasileiro não cabe ao autor do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. De acordo com o Ministro Teori Zavascki, que também acolheu a preliminar e vai lavrar o acórdão, o recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o *de cujus* tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares.

– Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil.

– É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 defendidas pela doutrina, uma quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias.

– Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa-fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

– Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

– Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes.

Recurso especial improvido.⁷³⁵

O acórdão tem sido alvo de inúmeras críticas, diante das incongruências que contém. Por ser a primeira decisão do órgão do Judiciário encarregado da interpretação da lei infraconstitucional, merece especial atenção. Em virtude disso, será analisado a seguir.

Trata do caso de um senhor que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, viveu em união estável, por mais de trinta anos, com sua companheira. A

⁷³⁵ REsp 1117563/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 06/04/2010.

maior parte de seu patrimônio foi conquistada durante esse relacionamento. A principal controvérsia se estabeleceu em torno da interpretação da regra do artigo 1.790. O juízo de primeiro grau, interpretando essa norma, determinou que o patrimônio do falecido, adquirido na constância da união estável, fosse dividido da seguinte forma: 50% dos bens se destinariam à companheira, por força da meação (CC/02, art. 1.725); e o remanescente seria dividido entre ela e a filha do *de cujus*, na proporção de dois terços para a filha e um terço para a companheira (CC/02, art. 1.790, inc. II). Com isso, dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, sua companheira deteria 66,6% e sua filha 33,3%.

A filha do falecido alegou que a regra não poderia ser aplicada, por ser mais vantajosa à companheira do que a prevista no artigo 1.829, I, que regularia a sucessão do falecido se eles tivessem se casado. Nesse caso, a esposa receberia apenas 50% daqueles bens, e a filha, os outros 50%. Isso ocorria porque, no casamento pela comunhão parcial, a viúva herdaria apenas parte dos bens particulares, enquanto na união estável a companheira herda parcela dos bens comuns.

Na Medida Cautelar n.º 14.509/SP, tendo por Relatora a Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 21 de agosto de 2008, deferiu parcialmente a medida liminar pleiteada, para o fim de se promover a imediata partilha apenas da parcela incontroversa do patrimônio adquirido pelo inventariado após iniciado o período de união estável, conferindo-se à companheira sobrevivente o montante equivalente ao que ela receberia caso os bens fossem partilhados nos termos do artigo 1.829 do Código Civil, e à filha, os 33,3% a que teria direito mediante a aplicação da regra do artigo 1.790, inciso II. Determinou-se que a diferença de 16,6% ficaria reservada, sob a administração da inventariante, para posterior sobrepartilha, até a decisão do recurso

especial interposto.⁷³⁶

A respeito desse caso, manifestou-se Zeno Veloso, considerando provável que o Superior Tribunal de Justiça superasse “o confronto entre os arts. 1.790 e 1.829, I, do Código Civil com uma interpretação conforme à Constituição Federal e mediante procedimento de ponderação principiológica”.⁷³⁷ Aguardava-se, deveras, que a Corte encarregada de dar a interpretação adequada à Lei Federal n.º 10.406/02 afastasse a insegurança jurídica reinante na matéria sucessória.

No julgamento do Recurso Especial n.º 1117563/SP, porém, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, entendeu por bem manter a sucessão da companheira sobre os bens comuns, mas baseou sua decisão no inesperado fundamento de que também se deve “contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes”.⁷³⁸ Ou seja, pretendeu-se sustentar uma equiparação entre os direitos sucessórios na união estável e no casamento, não por aplicar ao companheiro o dispositivo que regula a herança do cônjuge, artigo 1.829, mas, ao contrário, aplicar ao cônjuge os mesmos princípios da sucessão do companheiro.

⁷³⁶ “Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Inventário. *De cujus* que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. Medida liminar parcialmente deferida, apenas para determinar a partilha, no inventário, da parcela incontroversa do patrimônio, promovendo-se reserva de bens. O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do *de cujus* que vivia em união estável com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. Trata-se de regra oposta à do art. 1.829 do CC/02, que, para a hipótese de ter havido casamento pela comunhão parcial entre o *de cujus* e a companheira, estabelece que a herança do cônjuge incida apenas sobre os bens particulares. A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias, chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar. A discussão quanto à legalidade da referida diferença é profundamente relevante, de modo que se justifica o deferimento da medida liminar pleiteada em ação cautelar, para o fim de reservar os bens controvertidos no inventário *sub judice*, admitindo-se a partilha apenas dos incontroversos. Medida liminar parcialmente deferida”. (STJ, MC 14.509/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 05/09/2008).

⁷³⁷ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 45. Expressou ainda o autor: “Quando o STJ resolver, finalmente, a ação que antes foi referida (MC 14.509/SP), embora não exista efeito vinculante, que terá falado é a Corte encarregada de dar a interpretação adequada e garantir a unidade do direito federal ordinário com relação aos que foi decidido nos tribunais federais comuns e nos tribunais estaduais (CF, art. 105, III), o que, certamente, produzirá importantes consequências e representará uma diretriz para a solução dos problemas que têm apreciado, gerando em nosso ordenamento jurídico um clima de insegurança na matéria de sucessão hereditária”. (Ibidem, loc. cit.).

⁷³⁸ STJ, REsp 1117563/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 06/04/2010.

Esse entendimento, com o qual não podemos concordar, por afrontar não só a literal disposição da lei, mas toda a sistemática na qual a sucessão do cônjuge está ancorada, é certamente resultado das inúmeras controvérsias em torno do tema, geradas não raro pela compreensão equivocada dos propósitos do legislador.

Conforme já expusemos anteriormente, a sucessão nos bens adquiridos a título oneroso não constitui propriamente uma “vantagem” concedida ao companheiro, em relação ao cônjuge, mas adoção de critérios diferenciados.

No próprio julgamento desse Recurso Especial, admitiu-se: “Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil”.⁷³⁹

5.3 A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO

O Código Civil, em atenção ao comando constitucional, regulamentou a união estável, estabelecendo em seu artigo 1.723 os seguintes requisitos necessários à sua configuração: a) diversidade de sexos; b) convivência pública; c) convivência contínua; d) convivência duradoura; e) convivência estabelecida para a constituição de família.

O § 1.º do mesmo artigo esclarece que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521, mas admite a configuração dela mesmo que a pessoa ainda esteja casada, desde que se encontre separada de fato.

O § 2.º do artigo 1.723 declara que as causas suspensivas do artigo 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Deixa de esclarecer, porém, se também seriam aplicáveis à união estável as regras do regime da separação obrigatória. Em geral, a doutrina entende que sim.

Nas demais hipóteses, as questões patrimoniais são reguladas pelo artigo 1.725, que

⁷³⁹ STJ, REsp 1117563/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 06/04/2010.

estabelece: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Segundo o artigo 1.726, a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. A questão quanto aos efeitos da conversão, se *ex tunc* ou se *ex nunc*, é tormentosa, assim como as dúvidas acerca da comunicação do patrimônio e do direito sucessório que surgem diante da possibilidade de alteração das regras do regime de bens.

Por fim, é importante salientar que, em harmonia com o que prescreve o artigo 1.727, as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Concubino não tem direito sucessório.

Embora reconheça a união estável como entidade familiar, o Código não lhe dedicou a devida atenção, principalmente no que diz respeito ao direito sucessório do companheiro.

Em verdade, o Código Civil regulamenta a sucessão do companheiro em um único dispositivo, deslocado da sucessão legítima. Ademais, em nenhum momento refere-se ao companheiro como “herdeiro”, não obstante declare que a companheira ou o companheiro “participará” da sucessão do outro (art. 1.790).

O descaso do legislador a essa espécie de entidade familiar, o que se deduz pela forma inapropriada e omissa com que regulou a matéria, faz com que haja muitas dúvidas acerca do tema. A exemplo do que ocorre com as diversas dúvidas existentes sobre a sucessão do cônjuge, competirá aos Tribunais delinear melhor a aplicação do instituto.

De acordo com o Código de 2002, o companheiro só participaria da sucessão do falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. É o que dispõe o artigo 1.790: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Ademais, após regular a concorrência com os filhos do falecido, o artigo 1.790, em seu inciso III, simplesmente proclama: “se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança”. O inciso referido aplica-se, assim, a todas as outras situações de sucessão do companheiro: não só com os ascendentes, mas também com os colaterais.

Diversamente do que ocorre com o cônjuge sobrevivente, que ocupa a terceira classe de herdeiros na ordem de vocação hereditária, vindo antes dos colaterais, o companheiro não herda sozinho enquanto houver algum parente colateral até o quarto grau.

Trata-se, indubitavelmente, de um posicionamento retrógrado, se lembrarmos que a Lei n.º 8.971/94 já posicionava o companheiro à frente dos colaterais, na ordem de sucessão: “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança” (art. 2.º, inc. III).

Questiona-se, desse modo, se o retrocesso trazido pelo novo Código Civil não afronta a Constituição Federal, que reconhece a união estável como entidade familiar. Afinal, como pode um colateral ter preferência sobre a própria família do *de cujus*?

A discrepância tem feito com que alguns aleguem a inconstitucionalidade do dispositivo do novel diploma, até diante do fato de ter restringido ainda mais os direitos dos companheiros, em relação às leis anteriores.

Na verdade, a própria Constituição Federal deixou remanescer a distinção entre as duas instituições, quando, ao reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, determinou que a lei infraconstitucional facilitasse sua conversão em casamento (CF/88, art. 226, § 3.º). Ora, se a lei deve fazer isso, é porque o casamento ainda é o modelo familiar preferido, privilegiado e incentivado pela Constituição. Desse modo, o tratamento desigual entre cônjuge e companheiro não é inconstitucional, mas, ao contrário, é estabelecido pela própria Carta Magna. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES – DIREITOS DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO DO EX-COMPANHEIRO – APLICAÇÃO DO ART. 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL – EXISTÊNCIA DE OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS, QUAIS SEJAM, OS COLATERAIS – Arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 1.790, sob o argumento de tratamento desigual entre união estável e casamento. Improcedência. O § 3º do art. 226 da Constituição Federal apenas determina que a união estável entre o homem e a mulher é reconhecida, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, o que evidencia que casamento e união estável são conceitos e realidades jurídicas distintas, razão pela qual não constitui

afronta à constituição o tratamento dado ao companheiro na nova legislação civilista. [...]”.⁷⁴⁰

Isso não significa, porém, que o dispositivo esteja incólume da acusação de ser inconstitucional. Com efeito, a inconstitucionalidade pode estar no fato de que, no inciso III do artigo 1.790, o companheiro é preterido em relação aos colaterais, que já não fazem parte da unidade familiar do *de cujus*, embora sejam seus parentes. Sendo assim, não poderiam ser privilegiados em detrimento do companheiro.

De qualquer modo, há que se aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Os Tribunais de Justiça, vale salientar, não têm geralmente reconhecido a inconstitucionalidade do dispositivo. Segundo observamos, porém, isso tem ocorrido por afastarem a alegação de que cônjuge e companheiro devem receber tratamento igualitário. Nesse sentido, parecem corretas as decisões. No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu o contrário:

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 AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu 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.⁷⁴¹

A decisão, de certo modo, parte do pressuposto de que o companheiro não pode ser preterido em relação aos colaterais. Embora esteja embasada no princípio da equidade,

⁷⁴⁰ TJRJ – AI 2004.002.16474 - 8ª C.Cív. – Rel. Des. Odete Knaack de Souza – DJRJ 21.07.2005, p. 448.

⁷⁴¹ Agravo de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007.

destaca não apenas eventual direito do companheiro de receber o mesmo que receberia o cônjuge (com o que não concordamos), mas também o fato de que a união estável, sendo reconhecida como entidade familiar, deve ser protegida, assim como o casamento é protegido, ainda que em detrimento dos parentes colaterais. O Tribunal ainda levou em consideração o princípio que veda o enriquecimento injustificado, que, no caso dos autos, ocorreria em relação ao irmão da autora da herança, em prejuízo do companheiro sobrevivente, que desde 1995 convivia com ela.

Ao considerar o artigo 1.790 do Código Civil, Miguel Reale⁷⁴² deu destaque ao que chamou de “posição inferior da união estável em confronto com o casamento”, evidenciando que os companheiros não são equiparados aos cônjuges. Após transcrever o referido dispositivo de lei e justificar que a matéria não poderia ter sido prevista pelos elaboradores do Projeto de 1975, concluiu que os membros do Congresso Nacional, ao estabelecerem tais limitações aos companheiros, entenderam que, “se os companheiros fossem em tudo equiparados aos cônjuges, não haveria razão para a conversão de sua união em casamento, objetivo final a ser atingido, segundo a ótica do legislador constituinte”.

Constata-se, no entanto, que nem sempre o companheiro é tratado de modo pior do que o cônjuge. Em alguns casos, pode até receber maior quinhão do que receberia se fosse casado. Isso ocorre porque o raciocínio do legislador em relação à herança do companheiro está vinculado ao fato de não desejar que ele herde do que não ajudou a conquistar, e não necessariamente por querer prejudicá-lo.

Seja como for, entendendo-se que a união estável é instituto inferior ao casamento, ou apenas deduzindo-se que são formações familiares distintas, estará justificado o tratamento diferenciado, sem que, com isso, o companheiro esteja impedido de ser considerado herdeiro necessário e ter direito a parcela indeclinável da herança.

5.3.1 O Companheiro na Qualidade de Herdeiro Facultativo

Questão de extrema delicadeza consiste em saber se o companheiro pode ser

⁷⁴² REALE, Miguel. As Entidades familiares. In: _____. **Estudos preliminares do Código Civil**, p. 73.

afastado da sucessão imotivadamente, sem nenhuma justificativa, bastando, para isso, que o *de cujus* disponha de todos os seus bens, em testamento, sem o contemplar. De fato, é lição corrente entre os doutrinadores que nosso direito positivo não contempla o companheiro como herdeiro necessário, categoria que estaria limitada aos descendentes, ascendentes e cônjuge, nos termos do artigo 1.845 do Código Civil. No entanto, para a correta análise do tema há que se verificar o modo pelo qual o diploma vigente regulou a sucessão na união estável.

Prescreve o artigo 1.790 do Código Civil:

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.

O dispositivo permite algumas indagações: Ao estabelecer que o companheiro “participará da sucessão do outro”, nas condições descritas em seus quatro incisos, o Código Civil dá alguma margem para que ele possa ser afastado da sucessão por mera liberalidade do falecido? Caso a resposta seja negativa, o companheiro não estaria sendo tratado como herdeiro necessário?

O grande óbice a esse tratamento, segundo a maioria dos autores, reside no fato de o artigo 1.845 não incluir o companheiro no rol ali previsto de herdeiros necessários. Com efeito, preceitua o referido dispositivo: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Nota-se — em conformidade com o que já foi explanado anteriormente — que o legislador de 2002 elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, mas, aparentemente, não fez isso com o companheiro. E, sendo assim, a pessoa que vive em união estável poderia ser afastada complementemente da sucessão de seu convivente por meio de testamento, ficando completamente desamparada.

Antes de analisarmos as consequências jurídicas e sociais do afastamento do companheiro da sucessão, há que se considerar a redação histórica do dispositivo, a fim de perscrutar qual teria sido a intenção do legislador.

Enquanto o artigo 1.721 do Código Civil de 1916, ao tratar dos herdeiros necessários, apontava como tais os descendentes e os ascendentes, o artigo 1.725 do mesmo diploma previa: “Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar”. Os dispositivos se complementavam, abrangendo, um ou outro, todos os herdeiros legítimos, relacionados na ordem de vocação hereditária, do artigo 1.603, a fim de definir quem poderia ou não ser afastado da sucessão por testamento.

Os dispositivos correspondentes aos dois primeiros artigos, no Código de 2002, são, respectivamente, o 1.845, que aponta como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, e o artigo 1.850, que menciona quem pode ser excluído da sucessão legítima: os colaterais. Juntos, ambos os dispositivos deveriam abranger todos os herdeiros legítimos, relacionados na ordem de vocação hereditária, a fim de, como ocorria no diploma anterior, também deixar claro quem poderia ou não ser afastado por testamento. Entretanto, ocorre que, no atual Código Civil, há dois artigos que estabelecem a ordem de vocação dos herdeiros legítimos: o artigo 1.829 (que inclui o cônjuge) e o artigo 1.790 (que inclui o companheiro). O legislador de 2002, porém, parece ter considerado apenas o conteúdo do artigo 1.829, esquecendo-se do artigo 1.790.

Surgem, por conseguinte, as indagações: Seria imprescindível a menção do companheiro no artigo 1.845? Ao dispor o Código, no artigo 1.850, que para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar, omitiu propositalmente o companheiro, de modo que este não possa ser excluído do mesmo modo?

Não nos parece que seja assim. O que ocorre é que, aparentemente, o companheiro não figura nem ao menos entre os herdeiros legítimos, por não constar no artigo 1.829, que trata da ordem de vocação hereditária. E a despeito disso, ninguém se atreveria a negar-lhe a condição de herdeiro legítimo, até porque não existe outra espécie de sucessor indicado pela lei para receber a herança.

A falha legislativa, porém, é evidente. Como anota Débora Gozzo, “ainda que não

se tivesse almejado equiparar o companheiro supérstite na mesma posição ocupada pelo cônjuge sobrevivente, o legislador poderia ao menos ter disciplinado sobre a matéria dentro do Título II, que cuida da sucessão legítima”.⁷⁴³

Sebastião Luiz Amorim⁷⁴⁴ pondera que, mesmo não constando da ordem da vocação hereditária, o companheiro é titular do direito à herança — com o que concordamos. No entanto, declara em seguida que não lhe foi atribuída a condição de herdeiro necessário. Partindo, porém, desse raciocínio, indagamos: assim como se reconhece que o companheiro é herdeiro, sem que a lei a ele se refira dessa maneira, por que não se pode também considerá-lo herdeiro necessário, não obstante a lei não o designe expressamente desse modo? Parece-nos, salvo melhor juízo, que Sebastião Luiz Amorim — a exemplo de muitos autores — não tem, propriamente, nenhuma objeção a que o companheiro fosse inserido no rol dos herdeiros necessários, mas apenas constata que isso não foi feito de maneira expressa.

Nesse sentido, Gustavo Rene Nicolau, ao comentar que a proteção de herdeiro necessário não foi garantida ao companheiro, manifesta que não há nada que justifique esse preconceito. No entanto, tece o seguinte comentário: “E, nesse ponto, não há interpretação tecnicamente séria que permita elevar o convivente ao *status* de herdeiro necessário. Só o texto da lei pode realizar tal tarefa, e não foi o que ocorreu no direito brasileiro do III milênio”.⁷⁴⁵

Comungamos, em parte, com o pensamento do autor. Realmente, não há justificativa para esse preconceito, como ele diz. Mas é preciso esclarecer que não há necessidade de nenhum esforço interpretativo para que se reconheça ao companheiro a qualidade de herdeiro necessário. Não se trata, aqui, na verdade, de tentar “elevantar o convivente ao *status* de herdeiro necessário”. Com efeito, não é preciso inventar-se uma interpretação mirabolante para colocar-se o companheiro numa posição que, por força da lei, ele já ocupa — como pretendemos demonstrar adiante.

O próprio autor, em obra escrita em coautoria com Álvaro Villaça Azevedo,

⁷⁴³ GOZZO, Débora. Nova ordem da vocação hereditária. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel (Coord.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**, p. 93.

⁷⁴⁴ AMORIM, Sebastião Luiz. A Ordem de vocação hereditária pelo Código Civil de 2002. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e sucessões: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 383-384.

⁷⁴⁵ NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento: diferenças práticas**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 83.

reconhece que “há uma discussão no que se refere ao convivente ostentar ou não tal qualidade”.⁷⁴⁶

Na realidade, Gustavo Rene Nicolau⁷⁴⁷ propõe a alteração do artigo 1.845, para a inclusão do convivente no rol dos herdeiros necessários — posicionamento com o qual compartilhamos.

Como se vê, quem nega ao companheiro a qualidade de herdeiro necessário geralmente o faz tendo em vista a omissão a esse respeito no artigo 1.845 do Código Civil. São muito poucos os que verdadeiramente rejeitam que o companheiro seja tratado como tal. Registrem-se, nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Eduardo de Oliveira Leite.

Eduardo de Oliveira Leite sustenta que a melhor doutrina é aquela que não considera o companheiro herdeiro necessário, com base no argumento de que, “quando a Constituição prevê a necessidade de, através de legislação infraconstitucional, facilitar a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3.º), está claramente sinalizando os limites de atuação do legislador ordinário de outorgar aos companheiros mais benefícios à união estável”.⁷⁴⁸ Não entendemos, todavia, que essa seja uma objeção válida, o que será adiante demonstrado.

⁷⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. **Código Civil comentado**: das pessoas e dos bens (artigos 1.º a 103). Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2007. v. I, p. 101-102.

⁷⁴⁷ NICOLAU, Gustavo Rene. Sucessão legítima, desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões**: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 531. Como justificativa, o autor explica: “Não há o que justifique a diferença de tratamento legislativo do cônjuge em relação ao convivente de união estável quando não se atribui a este último a condição de herdeiro necessário. Não é razoável permitir que o homem elabore um testamento excluindo expressamente sua companheira da herança. As situações sociais são idênticas e assim merecem ser tratadas pela lei. A atribuição de condição de herdeiro necessário ao cônjuge é razoável, mas assim também deveria ser quando o tratamento fosse dado à companheira. De novo a lei comete um terrível engano, que deve ser sanado pelo legislador”. (Ibidem, loc. cit.).

⁷⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027), p. 329.

5.3.2 O Companheiro na Qualidade de Herdeiro Necessário

Muitos autores, com o intuito de propagarem que o companheiro não é considerado herdeiro necessário pela maioria da doutrina, têm reproduzido a listagem contida no quadro que consta da obra de Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

De acordo com as informações ali presentes, os seguintes autores, que formam uma doutrina nitidamente minoritária, defendem que o companheiro é herdeiro necessário: Caio Mário da Silva Pereira, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Paulo Vieira de Carvalho e Maria Berenice Dias.

Formando uma corrente majoritária, que nega ao companheiro a condição de herdeiro necessário, são citados os seguintes: Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, José Francisco Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo Rene Nicolau, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Shiguemitsu Fujita, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Mário Luiz Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Sílvio de Salvo Venosa, Zeno Veloso.

Embora o quadro presente no artigo de José Francisco Cahali forneça uma interessante visão geral, o próprio autor adverte:

As informações foram obtidas tanto de trabalhos publicados como também de forma direta e informal, podendo, desta forma, conter falhas ou equívocos, pelo que é **meramente informativa** da falta de consenso entre estudiosos, e assim **não deverá servir de fonte de referência ou citação**, devendo, para tanto, ser consultada a respectiva produção científica dos autores indicados. (grifo do autor).⁷⁴⁹

Apesar da advertência, o quadro apresenta-se, de modo geral, correto. No entanto, em desenvolvimento de tese que busca analisar com precisão o posicionamento majoritário na doutrina quanto a ser ou não o companheiro herdeiro necessário, não é suficiente que se separem os autores em apenas dois grupos: os que o consideram herdeiro necessário, e os que não o consideram. Afinal, além dos posicionamentos extremos e claramente definidos, também há muitos intermediários. Outrossim, com o intuito de alcançar a maior exatidão possível e apresentar fielmente o que tem sustentado a doutrina brasileira sobre o tema,

⁷⁴⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**, p. 188.

apresentamos abaixo o posicionamento dos diversos autores, separados em dez grupos, de acordo com as suas respectivas nuances:

- 1) Sustentam que o companheiro é herdeiro necessário: Aldemiro Rezende Dantas Júnior⁷⁵⁰, Ana Luiza Maia Nevares⁷⁵¹, Carlos Eduardo de Castro Palermo⁷⁵², Carlos Roberto Barbosa Moreira⁷⁵³, Edgard Audomar Max Neto⁷⁵⁴, Fábio Ulhoa Coelho⁷⁵⁵, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁷⁵⁶, Luiz Paulo Vieira de Carvalho⁷⁵⁷, Mauro Antonini⁷⁵⁸ e Wilson Ricardo Ligiera⁷⁵⁹.
- 2) Consideram o companheiro herdeiro necessário especial ou *sui generis*, sob o fundamento de que a lei reservou a ele uma fração determinada: Andréa Rodrigues Amin⁷⁶⁰ e Maria Berenice Dias⁷⁶¹.
- 3) Embora não sejam expressos em considerá-lo herdeiro necessário, reconhecem que sua participação na herança é obrigatória: Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto⁷⁶² e Sílvio de Salvo Venosa⁷⁶³.
- 4) Não abordam diretamente a questão, fazendo, no máximo, menção ao artigo

⁷⁵⁰ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 591 et seq.

⁷⁵¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**, p. 176; NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Função promocional do testamento: tendências do direito sucessório**, p. 160.

⁷⁵² PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **O Cônjuge e o convivente no direito das sucessões: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002**, p. 62; 64.

⁷⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 17. ed., p. 147.

⁷⁵⁴ MAX NETO, Edgard Audomar. Sucessão do companheiro. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 335.

⁷⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**, p. 301.

⁷⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Org.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009, p. 460.

⁷⁵⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 323.

⁷⁵⁸ ANTONINI, Mauro. Arts. 1.784 a 2.027 – sucessões. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**, p. 2.175.

⁷⁵⁹ LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito civil explicado por meio de casos práticos: sucessões**, p. 207.

⁷⁶⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Herdeiros necessários. In: GHIARONI, Regina (Coord.). **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 125.

⁷⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, p. 69.

⁷⁶² MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: direito das sucessões**, p. 87; 111.

⁷⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 10. ed., p. 152; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**, p. 1.678.

1.845: Karime Costalunga⁷⁶⁴, Salomão de Araujo Cateb⁷⁶⁵, e Sueli Aparecida de Pieri⁷⁶⁶.

- 5) Dizem que o companheiro não foi considerado herdeiro necessário, mas que deveria ter sido, ou, ao menos, criticam o tratamento dispensado pelo Código Civil: Alexandre Gir Gomes⁷⁶⁷, Álvaro Villaça Azevedo⁷⁶⁸, Arnaldo Wald⁷⁶⁹, Claudio Ferreira Pazini⁷⁷⁰, Glauber Salomão Leite⁷⁷¹, Gustavo Rene Nicolau⁷⁷², Inacio Bernardino de Carvalho Neto⁷⁷³, Jorge Shiguemitsu Fujita⁷⁷⁴, Luciana de Paula Assis Ferriani⁷⁷⁵ e Moacir César Pena Júnior⁷⁷⁶.
- 6) Não manifestam claramente sua posição, embora deem a entender que o companheiro não é herdeiro necessário, por não se referirem a ele dessa maneira: Arnaldo Rizzardo⁷⁷⁷, Fernando Campos Scaff e Anna Luiza Duarte⁷⁷⁸, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi⁷⁷⁹, Mário Luiz

⁷⁶⁴ COSTALUNGA, Karime. **Direito de herança e separação de bens**: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 116; COSTALUNGA, Karime. O Art. 1.829 do Código Civil e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas**: novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 3), p. 409.

⁷⁶⁵ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 144.

⁷⁶⁶ PIERI, Sueli Aparecida de. **O Cônjuge como herdeiro necessário e concorrente**, p. 26.

⁷⁶⁷ GOMES, Alexandre Gir. A Desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade. **Revista de direito privado**. Coordenação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, p. 9-17, jul./set. 2002, p. 13.

⁷⁶⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. **Código Civil comentado**: das pessoas e dos bens (artigos 1.º a 103). Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2007. v. I, p. 101- 102.

⁷⁶⁹ WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das sucessões, p. 114.

⁷⁷⁰ PAZINI, Claudio Ferreira. **Alimentos e sucessão na união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 216-217.

⁷⁷¹ LEITE, Glauber Salomão. **Sucessão do cônjuge sobrevivente**: concorrência com parentes do falecido, p. 52.

⁷⁷² NICOLAU, Gustavo Rene. **União estável e casamento**: diferenças práticas, p. 83; NICOLAU, Gustavo Rene. Sucessão legítima, desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões**: temas atuais, p. 531.

⁷⁷³ CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**, p. 194-195.

⁷⁷⁴ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Comentário ao art. 1.829. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al. **Comentários ao código civil**, p. 1.316; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil**: direito das sucessões, p. 155.

⁷⁷⁵ FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do companheiro**, p. 75.

⁷⁷⁶ PENA JÚNIOR, Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**, p. 164.

⁷⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, p. 54.

⁷⁷⁸ SCAFF, Fernando Campos; DUARTE, Anna Luiza. Considerações acerca da inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, em concorrência com descendentes e ascendentes do autor da herança. **Revista IOB de Direito de Família**, v. 51, p. 145-154, 2009, p. 145.

⁷⁷⁹ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**, p. 225.

Delgado⁷⁸⁰, Mario Roberto Carvalho de Faria⁷⁸¹, Nelson Godoy Bassil Dower⁷⁸², Reinaldo Franceschini Freire⁷⁸³, Silvio Rodrigues⁷⁸⁴ e Zeno Veloso⁷⁸⁵.

- 7) Reiteram o que consta do artigo 1.845, constatando que o Código Civil não incluiu expressamente o companheiro no rol dos herdeiros necessários: Carlos Roberto Gonçalves⁷⁸⁶, Euclides Benedito de Oliveira⁷⁸⁷, Flávio Augusto Monteiro de Barros⁷⁸⁸, Mairan Gonçalves Maia Júnior⁷⁸⁹, Maria Helena Diniz⁷⁹⁰, Mario Roberto Carvalho de Faria⁷⁹¹, Osni de Souza⁷⁹², Roberto Senise Lisboa⁷⁹³, Rodrigo da Cunha Pereira⁷⁹⁴, Rolf Madaleno⁷⁹⁵, Rui Ribeiro de Magalhães⁷⁹⁶, Sebastião Luiz Amorim⁷⁹⁷ e Tereza Matos⁷⁹⁸.
- 8) Negam ao companheiro a qualidade de herdeiro necessário, normalmente fundamentando sua posição na atual redação do artigo 1.845 do Código Civil:

⁷⁸⁰ DELGADO, Mário Luiz. A União estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos**, p. 269.

⁷⁸¹ FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões: teoria e prática**, p. 91.

⁷⁸² DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil: sucessões**, p. 120-121.

⁷⁸³ FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência sucessória na união estável**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 108.

⁷⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**, p. 117; 123.

⁷⁸⁵ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 25; 165.

⁷⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**, p. 190.

⁷⁸⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento**, p. 106; 213.

⁷⁸⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil: família e sucessões**, p. 259.

⁷⁸⁹ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **O Regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 109.

⁷⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. O Companheiro como sucessor regular. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8, p. 294; 298; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 166.

⁷⁹¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**, p. 68.

⁷⁹² SOUZA, Osni de. Comentário ao art. 1.829. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**, p. 1.486.

⁷⁹³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**, p. 323.

⁷⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 119.

⁷⁹⁵ MADALENO, Rolf. O Novo direito sucessório brasileiro. **Direito de família e sucessões**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=39>. Acesso em: 20 jul. 2011.

⁷⁹⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro**, p. 29; 104.

⁷⁹⁷ AMORIM, Sebastião Luiz. A Ordem de vocação hereditária pelo Código Civil de 2002. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e sucessões: reflexões atuais**, p. 384.

⁷⁹⁸ MATOS, Tereza. **Novo direito das sucessões: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 56; 67.

Débora Gozzo⁷⁹⁹, Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho⁸⁰⁰, Fabrício Dani de Boeckel⁸⁰¹, Fabrício Zamprogna Matiello⁸⁰², Francisco José Cahali⁸⁰³, Guilherme Couto de Castro⁸⁰⁴, James Eduardo Oliveira⁸⁰⁵, José Luiz Gavião de Almeida⁸⁰⁶, José Pedro Makowski de Oliveira Gavião de Almeida⁸⁰⁷, Ney de Mello Almada⁸⁰⁸ e Paulo Nader⁸⁰⁹.

- 9) Dizem adotar o posicionamento da doutrina majoritária, no sentido de não ser o companheiro herdeiro necessário: Christiano Cassettari⁸¹⁰, Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁸¹¹.
- 10) Sustentam que o companheiro não é e nem deve ser considerado herdeiro necessário, em geral porque entendem que deva receber tratamento inferiorizado em relação ao cônjuge: Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁸¹² e Eduardo de Oliveira Leite⁸¹³.

Após minuciosa análise dos diversos posicionamentos adotados e sua fundamentação, talvez nem se possa dizer que a doutrina majoritária negue ao companheiro a qualidade de herdeiro necessário.

⁷⁹⁹ GOZZO, Débora. Discriminação do companheiro frente ao cônjuge: uma análise do art. 1.790 do Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8, p. 42; GOZZO, Débora. Nova ordem da vocação hereditária. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel (Coord.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**, p. 73.

⁸⁰⁰ CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das sucessões. Inventário e partilha: teoria, jurisprudência e esquemas práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 177.

⁸⁰¹ BOECKEL, Fabrício Dani de. Os Direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro estável. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (Org.). **Direito sucessório em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 93.

⁸⁰² MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil comentado**. 3. ed., p. 1.202.

⁸⁰³ CAHALI, Francisco José. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 181.

⁸⁰⁴ CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito civil: lições**. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 365.

⁸⁰⁵ OLIVEIRA, James Eduardo. **Código Civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.682.

⁸⁰⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões (artigos 1.784 a 1.856)**, p. 251.

⁸⁰⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de; ALMEIDA, José Pedro Makowski de Oliveira Gavião de. A Concorrência entre cônjuge e companheiro na sucessão legítima. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.) **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009, p. 517.

⁸⁰⁸ ALMADA, Ney de Mello. **Sucessões: legítima – testamentária – inventários e partilhas**, p. 127.

⁸⁰⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**, p. 167.

⁸¹⁰ CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 573.

⁸¹¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**, p. 293.

⁸¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**, p. 132.

⁸¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)**. 5. ed., p. 328.

Na verdade, quando a maioria dos autores diz que o companheiro não é assim considerado, referem-se ao fato de o companheiro não ter sido inserido expressamente no artigo 1.845, mas não examinam propriamente a questão, nem lhe negam expressamente tal direito de modo fundamentado.

Assim faz, por exemplo, Maria Berenice Dias. Primeiramente, a autora afirma de modo categórico: “O companheiro da união estável não goza do mesmo privilégio. É simplesmente herdeiro **legítimo** e não herdeiro necessário (CC 1.790). Como herdeiro **facultativo** pode imotivadamente ser excluído da sucessão (CC 1.850)”. Posteriormente, contudo, acaba por reconhecer a possibilidade de o companheiro ser considerado herdeiro necessário: “O que salva o companheiro é a **concorrência sucessória** que, ao fim e ao cabo, o transforma em herdeiro necessário, ao menos sobre uma fração de bens”.⁸¹⁴

Algo parecido ocorre com Sílvio de Salvo Venosa. Primeiramente, manifesta que o companheiro não é herdeiro necessário, baseando-se na rejeição interpretativa de que o artigo 1.790, inciso I, “estaria garantindo a mesma quota dos filhos na sucessão legítima ao companheiro, ainda que estes recebessem diversamente por testamento”.⁸¹⁵

Realmente, essa interpretação é absurda e nisso concordamos com o autor. Por outro lado, isso não impede, definitivamente, que o companheiro seja considerado herdeiro necessário por outros motivos.

No entanto, é mister registrar que o próprio autor reconhece que a situação hereditária do companheiro é híbrida, pois a lei não impede, em princípio, que o companheiro seja afastado da herança por testamento, mas isso desde que “mantido o patrimônio que lhe é assegurado por lei”.⁸¹⁶

Alguns autores, embora constatem que o Código Civil não inseriu o companheiro no rol dos herdeiros necessários, criticam fortemente o legislador. Outros simplesmente reproduzem o que conta do artigo 1.845, sem propriamente se posicionarem a respeito.

Zeno Veloso tece contundentes críticas ao tratamento inferiorizado atribuído ao companheiro pelo Código Civil de 2002. Pondera até acerca da equiparação feita pela doutrina entre os direitos do cônjuge e do companheiro. Mas em nenhum momento

⁸¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, p. 69.

⁸¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 10. ed., p. 152.

⁸¹⁶ Idem. **Código Civil interpretado**, p. 1.678.

defende que o companheiro deva ser tratado como herdeiro necessário, embora também não lhe negue expressamente essa condição. Limita-se a dizer que o cônjuge é herdeiro necessário.⁸¹⁷

Acrescente-se a isso o fato de que, dentre todos os que anotam que o companheiro não faz parte da classe dos herdeiros necessários, a grande maioria limita-se a reproduzir o que consta do artigo 1.845, simplesmente repetindo que esse dispositivo não o menciona. Os que acrescentam alguma ponderação, em geral criticam o tratamento insatisfatório dado ao companheiro, como que não concordando com o fato de apenas o cônjuge ter sido incluído no rol do artigo.

Apenas à guisa de exemplificação, mencionem-se os comentários de Moacir César Pena Jr. Após assentar que o Código Civil incluiu apenas o cônjuge entre os herdeiros necessários, o autor sugere que o companheiro seja também incluído.⁸¹⁸

Por fim, registre-se que há autores que tratam muito singelamente da sucessão do companheiro, não fornecendo nenhuma contribuição ao deslinde da controvérsia aqui analisada. Por esse motivo, deixaram de ser incluídos na classificação apresentada acima. Como exemplo, apenas, temos a tese polêmica defendida por Lourival Silva Cavalcanti, que, em posição extrema, alega a inconstitucionalidade da regulamentação da união estável pela legislação federal, pelos direitos excessivos concedidos aos companheiros. Segundo o autor, “o § 3.º do art. 226 da Constituição de nenhum modo autorizou isso que, mais do que equiparação, representa, em vários aspectos, superação do casamento pelas vantagens oferecidas aos companheiros”.⁸¹⁹

Razão não assiste ao autor. A legislação não deve, realmente, proporcionar maiores vantagens a quem vive em união estável, desprestigiando e desestimulando as pessoas a se casarem. Mas também não deve deixar de conferir direitos básicos aos companheiros, uma vez que o preceito constitucional reconhece, para efeitos de proteção do Estado, a união estável como entidade familiar.

Mais razoável, embora também sujeita a críticas, é a posição de Lucas Pimenta Júdice. Não obstante o autor também seja contra a equiparação de direitos entre cônjuges e

⁸¹⁷ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 25; 165.

⁸¹⁸ PENA JÚNIOR, Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**, p. 164.

⁸¹⁹ CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 155.

companheiros, faz isso com base no pressuposto de que eles “não são iguais, tampouco merecem um tratamento igualitário nas legislações infraconstitucionais”.⁸²⁰

A partir daí, o autor defende a constitucionalidade do Código Civil de 2002, com o que concordamos, de modo geral. Apenas entendemos que os companheiros precisam ser protegidos pelo Estado, impondo-se uma interpretação dos dispositivos do Código Civil conforme a Constituição, sobretudo no campo do direito sucessório, o que se espera que seja feito pelo Supremo Tribunal Federal, quando vier a apreciar a matéria.

5.3.2.1 Fundamentos da Posição do Companheiro como Herdeiro Necessário

Em virtude do exposto no item anterior, e ao contrário do que normalmente se imagina, pode-se dizer até que a maioria dos autores (pelo menos, dos que examinam detidamente a questão) considera o companheiro como herdeiro necessário.

Em trabalho publicado no ano de 2009, em que tratamos do direito sucessório de forma geral, não pudemos nos furtar a abordar sucintamente o tema. Naquela ocasião, apresentamos singelamente o pensamento reinante entre os autores de manuais, de que a maioria da doutrina não considera o companheiro herdeiro necessário.⁸²¹

Não obstante, também expusemos, de modo resumido, alguns dos argumentos levantados pela doutrina para sustentar que o companheiro pode ser considerado herdeiro necessário:

- 1) O Projeto 634 que se converteu no Código Civil de 2002 remonta ao ano de 1975. Naquela época, nem se cogitava atribuir-se à união de fato o *status* de entidade familiar, o que só ocorreu muito mais tarde, com a Constituição Federal de 1988. Por esse motivo, o texto original do Projeto, obviamente, não mencionava o companheiro. Argumenta-se que, na fase final de elaboração do Código, a comissão presidida por Miguel Reale inseriu o companheiro nos dispositivos que julgou apropriado fazê-

⁸²⁰ JÚDICE, Lucas Pimenta. **O Retrocesso da igualdade entre cônjuges e companheiros**. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 73.

⁸²¹ Afirmamos, naquela oportunidade: “Nada dispôs o Código acerca do companheiro que vive em união estável, diante do que a doutrina, em sua grande maioria, tem entendido que ele não é herdeiro necessário. Se assim for, o companheiro poderá ser afastado da herança por testamento. Particularmente, somos da opinião de que isso não pode ocorrer”. (LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito civil explicado por meio de casos práticos: sucessões**, p. 207, nota de rodapé).

lo. Mas observa-se claramente que, em diversos artigos, a inclusão do companheiro foi simplesmente esquecida, e não proposital.

2) No capítulo que trata dos herdeiros necessários, o Código não menciona o companheiro, mas apenas os colaterais como passíveis de serem afastados pela simples vontade do testador: “Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

3) O art. 1.790, que trata da sucessão do companheiro, não o qualifica sequer como “herdeiro”, mas nem por isso ele não será assim considerado. Afinal não existe outra classe de sucessor legítimo que não seja herdeiro. Trata-se, logo se vê, de equívoco ou, quiçá, receio do legislador de chamar o companheiro de “herdeiro” e com isso chocar a sociedade. De qualquer modo, a lei é clara em afirmar que o companheiro “participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, não deixando nenhuma margem para que pudesse ser afastado por testamento dessa parte do patrimônio.

Apesar de interessantes, convém esclarecer que nenhum desses argumentos constitui o fundamento básico da presente tese, que se pauta em motivo inovador, completamente diverso. São, no máximo, elementos complementares, que vêm reforçar a razoabilidade do tratamento do companheiro de herdeiro necessário.

Além desses, obviamente há outros. Conforme considerado no capítulo anterior deste trabalho, a suposta equiparação dos direitos do companheiro aos do cônjuge também tem sido um fator influenciador de muitas opiniões respeitáveis, no sentido de também considerar herdeiros necessários aqueles que convivem em união estável. Embora não adotemos esse posicionamento, somos obrigados a reconhecer que juristas de renome o têm defendido.

Ana Luiza Maia Nevares, considerando que a família, como formação social, só será protegida na medida em que for tratada como um espaço de promoção da pessoa de seus membros, conclui que “a melhor interpretação é aquela que preconiza ser o companheiro herdeiro necessário nos limites estabelecidos pelo art. 1.790 do Código Civil de 2001, mantida a quota disponível em toda a sua integridade”.⁸²²

Aduz, ademais, que “a partir da interpretação do art. 1.850, juntamente com a determinação imperativa do *caput* do art. 1.790, à luz da especial proteção dispensada à união estável pela Carta Magna (CF/88, art. 226, *caput* c/c 226 § 3.º), conclui-se ser o

⁸²² NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**, p. 176.

companheiro herdeiro forçado no sistema do novo Código Civil”.⁸²³

Indo mais além, a autora conclui sua obra defendendo a equiparação de direitos entre cônjuges e companheiros, com a aplicação das mesmas regras sucessórias.⁸²⁴

Acompanhando esse posicionamento, Mauro Antonini, em obra coletiva coordenada pelo ministro Cezar Peluso, também considera ser o companheiro herdeiro necessário. Seu argumento é o de que “não é possível considerar o cônjuge herdeiro necessário e não dar o mesmo tratamento ao companheiro”.⁸²⁵

No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que, “em vista da isonomia constitucional da família matrimonial e da constituída por união estável, também o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, limitando-se igualmente o direito de testar”.⁸²⁶

Embora estejamos a defender a posição do companheiro de herdeiro necessário, não nos parece que o fundamento apontado pelos autores acima referidos seja a verdadeira causa dessa situação. Entendemos, por outro lado, que o tratamento de quem é casado e de quem vive em união estável até pode ser diferenciado. Não é porque o cônjuge é herdeiro necessário, que o companheiro também deva ser. O motivo maior é que existem outras fortes razões para assim considerá-lo, que não o argumento da perfeita igualdade de tratamento.

Consoante já expusemos, o Código Civil, no capítulo que trata dos herdeiros necessários, menciona em seu artigo 1.850 apenas os colaterais como passíveis de serem afastados pela simples vontade do testador. Não nos esqueçamos de que esse dispositivo está localizado dentro do Título II, que trata da sucessão legítima, onde também se insere o artigo 1.844, o qual, por via transversa, incluiu o companheiro na ordem de vocação hereditária, ao lado do cônjuge.

Portanto, é significativo o fato de que o artigo 1.850 não incluiu o companheiro ao estipular, dentre os herdeiros legítimos, quais podem ser afastados por testamento. E se não

⁸²³ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**, p. 223-224.

⁸²⁴ Ibidem, p. 238.

⁸²⁵ ANTONINI, Mauro. Arts. 1.784 a 2.027 – sucessões. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**, p. 2.175.

⁸²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**, p. 301.

deixou claro que o testador pode afastá-lo da herança simplesmente por não contemplá-lo no testamento, é porque isso não é admissível.

Certamente haverá quem alegue que o companheiro não foi mencionado no artigo 1.850 por mero esquecimento do legislador, já que o preceito correspondente no diploma anterior, artigo 1.725, a ele não se referia, por ter sido redigido em época em que ao concubino nem era reconhecido direito de herança. Mas a esse argumento se contrapõe a alegação de que o legislador pode ter se esquecido de mencionar o companheiro não nesse dispositivo, mas no artigo 1.845. Portanto, a cogitação acerca do esquecimento do legislador não é o melhor argumento, nem em um, nem em outro sentido. De qualquer modo, no confronto entre os dois dispositivos, a posição do companheiro de herdeiro inafastável por testamento tende a prevalecer.

Questão interessante, que poderia ser considerada, é a referente ao dispositivo presente no Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias: “Art. 2.041. As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916)”.

Esse dispositivo prevê que os preceitos contidos nos artigos 1.829 a 1.844 não se aplicam à sucessão aberta na vigência do diploma anterior. Deixa de citar, porém, o artigo 1.845, pelo qual o cônjuge é herdeiro necessário. Diante da omissão, o viúvo de quem faleceu na vigência do Código de 1916 também seria considerado herdeiro necessário? Ou, numa extremada interpretação *a contrario sensu*, o artigo 1.845 não incidiria, atualmente, nem sobre as sucessões abertas na vigência do Código de 2002, haja vista que só seriam aplicados os artigos referidos expressamente no artigo 2.041? Como não se menciona também o artigo 1.790, poder-se-ia entender que este artigo se aplica às sucessões ocorridas antes de 11 de janeiro de 2003? Ou ao contrário, poderia significar que as disposições da lei anterior seriam aplicadas atualmente?

Obviamente, trata-se de mais um dispositivo de redação questionável e impreciso. Sem dúvida, porém, não só os artigos 1.829 a 1.844 se aplicam às sucessões abertas a partir de 11 de janeiro de 2003, mas todos os outros artigos que regulam o direito sucessório, por força do que determina o Código no Capítulo das Disposições Gerais do Livro V – Do Direito das Sucessões: “Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei

vigente ao tempo da abertura daquela”.

A omissão do legislador, todavia, serve para demonstrar como ele se esqueceu de atualizar diversos preceitos do Código de acordo com o artigo 1.790, acrescentado posteriormente, durante a tramitação do Projeto no Congresso Nacional. Não resta dúvida, porém, de que esse artigo também regula a ordem de vocação hereditária, diante do que todos os dispositivos do Código Civil que a ela se referem devem ser com ele harmonizados. E entre todos os herdeiros legítimos, que compõem a ordem de vocação hereditária (resultante da interpretação conjunta dos arts. 1.790 e 1.829)⁸²⁷, quais sejam, descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro e colaterais, apenas estes podem ser afastados por testamento, como prevê o artigo 1.850.

Fabício Dani de Boeckel refuta a afirmação de que o artigo 1.850 possa ser utilizado como supedâneo para comprovar a posição de herdeiro necessário do companheiro:

A resolução do problema passa pela observação de que o art. 1.850 é completamente despiciendo, enquanto o art. 1.845 causa uma significativa limitação aos poderes do testador, que a partir de então perde a disponibilidade sobre metade de seu patrimônio, merecendo por isso ser interpretado de forma não extensiva a impedir que a condição de herdeiro necessário seja atribuída a algum outro sucessor além daqueles expressamente contemplados no mencionado dispositivo legal.⁸²⁸

Com a devida vênia, não entendemos que um dispositivo legal deva ser desprezado como despiciendo, pois, até que se prove o contrário, a lei não contém palavras inúteis. O artigo 1.850 é, antes, complemento do artigo 1.845. Parece-nos perfeitamente cabível a conjugação dos dois dispositivos. Como já salientado, pode até ser considerado que o legislador simplesmente se esqueceu de incluir o companheiro num dos dois artigos. A questão resume-se simplesmente em saber em qual dos dois dispositivos ele deve ser inserido. Partindo daí, mediante uma interpretação sistemática e em consonância com a forma como a sucessão do companheiro é tratada no artigo 1.790, não é objetável considerá-lo herdeiro necessário também com fundamento no artigo 1.850, propondo-se

⁸²⁷ Observe-se que, no artigo 1.790, o companheiro ocupa a mesma posição que o cônjuge, no artigo 1.829, concorrendo com os descendentes e os ascendentes. Sendo todos esses herdeiros necessários, a lógica nos conduz à conclusão de que o companheiro também seja.

⁸²⁸ BOECKEL, Fabrício Dani de. Os Direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro estável. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (Org.). **Direito sucessório em perspectiva interdisciplinar**, p. 93.

uma alteração legislativa para a sua inclusão expressa no artigo 1.845.

Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka reconhece que “o companheiro pode ser considerado integrante do rol dos herdeiros necessários, tendo em vista que o artigo 1.850 apenas permite a exclusão, por testamento, dos parentes colaterais, nada referindo à pessoa do companheiro”.⁸²⁹

É importante registrar, finalmente, a ponderação de Carlos Roberto Barbosa Moreira, ao atualizar o volume de sucessões da obra de Caio Mário da Silva Pereira:

Não pode o intérprete, na resolução do problema aqui proposto, cingir-se à formal declaração do art. 1.845 [...] Aparentemente peremptória, a norma excluiria, em sua literalidade, quaisquer outros sucessores do seletor grupo de herdeiros legitimários [...].

Não deve o dispositivo, contudo ser analisado fora do contexto no qual se insere, cabendo ao intérprete a missão de identificar, no sistema da lei, outros elementos capazes de confirmar ou desmentir aquela declaração. Recorde-se, a propósito, que, ainda na vigência do Código revogado, doutrina respeitável enxergava no usufruto viúval (art. 1.611, § 1º, daquele diploma) caso de herança necessária, a despeito de o cônjuge não constar do elenco de herdeiros legitimários do art. 1.721 (Gustavo Tepedino, **Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo**, cap. III, n.º 5). É certo que, no precedente agora invocado, aquela condição apenas fora alcançada pelo cônjuge em virtude de inovações trazidas por legislação superveniente [...]; mas, de qualquer maneira, a regra do art. 1.721 passou a conviver, no texto daquele Código, com outra que lhe era complementar, não se podendo identificar o exato alcance da primeira sem a leitura da segunda. Isso confirma a ideia de que o intérprete não deve limitar-se à enumeração que a lei, num determinado artigo, faz daqueles herdeiros, competindo-lhe, ao contrário, investigar se nela realmente se esgotam tais sucessores, ou se do sistema resultam outras hipóteses de herança necessária. (grifo do autor).⁸³⁰

Seguindo essa linha, Edgard Audomar Mex Net, em artigo recém-publicado, argumenta: “Se o companheiro concorrer com descendentes do autor da herança (art. 1.790, I e II), a legitimidade desses acaba por beneficiá-lo. Não há sentido em os descendentes terem direito à legítima se o companheiro, com quem concorrerão, não o

⁸²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Org.). **Direito de família e das sucessões**: temas atuais, p. 460.

⁸³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 17. ed., p. 147.

tiver.”⁸³¹

Na realidade, a questão não está no fato de que “não faz sentido”, apenas. Muito mais do que simplesmente não fazer sentido, pretende-se comprovar, por meio da presente tese, que **não é possível que o companheiro não seja herdeiro necessário**.

Todos os argumentos apresentados são, sem dúvida, relevantes. Mas o fator decisivo, pelo qual podemos afirmar que o companheiro não apenas pode ser, mas **é herdeiro necessário**, será apresentado a seguir.

5.3.2.2 Fundamento da Presente Tese

Embora se reconheça que todos os fundamentos suscitados por ilustres autores, expostos anteriormente, poderiam, por si só, ser utilizados para se sustentar que o companheiro é herdeiro necessário, entendemos, com a devida vênia, que há algo mais relevante.

A questão primordial, que constitui o clímax desta tese e seu ineditismo, não está no reconhecimento da posição de herdeiro necessário do companheiro, para, somente depois, deduzirmos dessa qualidade que ele tem direito à legítima.

O raciocínio aqui desenvolvido é exatamente o oposto. Conscientemente ou não, o legislador atribuiu a legítima ao companheiro, e, ao fazer isso, acabou por conferir-lhe a qualidade de herdeiro necessário. Em outras palavras, ele não tem direito à legítima por ser herdeiro necessário, mas, antes, é herdeiro necessário porque tem direito à legítima.

⁸³¹ MAX NETO, Edgard Audomar. Sucessão do companheiro. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**, p. 335. Copiando as lições de Carlos Roberto Barbosa Moreira, salienta ainda Edgard Audomar Mex Neto que não há razão para que o companheiro não seja considerado herdeiro necessário. E acrescenta: “Tal condição não resulta do ato solene de constituição de uma união (como no casamento), mas da proteção da realidade familiar vivenciada, o que determina seja deferida ao companheiro a mesma proteção conferida ao cônjuge supérstite”. (Ibidem., p. 336). Discordamos dessa última afirmação. Não é porque o cônjuge é herdeiro necessário, que o companheiro também deva ser. Embora a união estável também seja uma forma de constituição de família e, conseqüentemente, tenha “especial proteção do Estado” (CF/88, art. 226, *caput*), não é imprescindível, para isso, que ela seja tratada do mesmíssimo modo que o casamento. O cônjuge poderia ser considerado herdeiro necessário, sem que o companheiro também tivesse que ser elevado à mesma categoria. Não é esse, portanto, o fator decisivo, embora também possa contribuir para a regulamentação da matéria.

Isso ocorre porque primeiramente o legislador atribuiu ao companheiro o direito de concorrer à herança junto com os descendentes e ascendentes do falecido, recebendo, por conseguinte, uma parcela da legítima. Partindo desse pressuposto, é que chegamos à conclusão de que ele é herdeiro necessário. Para melhor explicar, apresentaremos a seguir o desenvolvimento desse raciocínio.

A constatação quanto a ser uma pessoa herdeira necessária, ou não, deve-se aos efeitos dessa classificação. O herdeiro necessário tem direito à legítima, o que equivale a dizer, na prática, que ele não pode ser afastado de uma determinada parcela da herança, ainda que o testador deseje fazê-lo. Trata-se, indubitavelmente, de importante garantia àqueles que compõem a família do falecido.

Outrossim, de nada adianta ser herdeiro necessário, por si só, se não houver herança. O objetivo final de ser herdeiro necessário é a garantia da legítima.

Suponhamos que, em determinado caso concreto, questione-se se o testador pode dispor de um determinado imóvel em favor de terceiros. Para se encontrar uma resposta, terá que ser analisado, em primeiro lugar, se isso não ofenderá a legítima dos herdeiros necessários. Essa é a razão do instituto.

O Código Civil apresenta duas proposições que têm sido comumente invocadas pela doutrina para se verificar se uma pessoa tem direito a determinada parcela reservada da herança. Uma delas está no artigo 1.846, que dispõe, *in verbis*: “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. A outra é apresentada no artigo 1.845, que reza: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

A partir do modo como o assunto foi tratado pelo Código Civil, ao nos indagarmos acerca do direito do cônjuge à legítima utilizamo-nos das duas proposições anteriores, para, então, chegarmos a uma terceira. O raciocínio silogístico, por conseguinte, é assim desenvolvido:

- 1) a legítima pertence aos herdeiros necessários (CC, art. 1.846);
- 2) os descendentes, os ascendentes e o cônjuge são herdeiros necessários (CC, art. 1.845);
- 3) os descendentes, os ascendentes e o cônjuge têm direito à legítima.

Esse é, com efeito, o raciocínio normalmente desenvolvido. No caso do companheiro, porém, em virtude de como o legislador redigiu os dispositivos concernentes à união estável, precisarmos proceder a uma inversão das duas premissas.

O raciocínio silogístico se formula, na verdade, com três juízos de conteúdo específico.

No exemplo considerado, o primeiro juízo apresentado afirma especificamente a relação entre os herdeiros necessários e o direito à legítima. Esse primeiro juízo, por ser eminentemente geral, funciona como um princípio, capaz de ordenar logicamente os demais.

O segundo juízo afirma a conexão extrínseca havida entre dois componentes. No exemplo indicado, trata-se da conexão entre determinados sucessores e sua qualidade de “herdeiros necessários”. Esta declaração é, logicamente, ordenável sob a primeira, que lhe é maior.

Finalmente, o terceiro juízo afirma uma conexão entre “os descendentes, os ascendentes e o cônjuge” e o direito à “legítima”. Esta afirmação é distinta do conteúdo expresso nos juízos anteriores, mas se encontra neles contida, assumindo a posição de conclusão.

No caso da união estável, o artigo 1.790, inciso I e II, prevê que o companheiro participará da sucessão em concorrência com os descendentes. Ou seja, mesmo naquelas situações em que a herança só seja formada pela metade indisponível, ela será repartida entre o companheiro e os filhos. Com isso, o legislador atribuiu parcela de toda a herança (inclusive da legítima) ao companheiro. E não é possível que ele receba parte da legítima, que, de pleno direito, pertence aos herdeiros necessários (CC, art. 1.846), se não for assim considerado.

Percebe-se que, na sucessão do companheiro, o segundo e o terceiro juízos foram invertidos pelo legislador, mas nem por isso afetou-se o juízo primário, que continua ordenando logicamente os demais.

Supondo que, em determinado caso concreto, o falecido tenha deixado como herdeiros o companheiro e os filhos, o raciocínio silogístico poderia ser assim apresentado:

- 1) premissa maior: a legítima pertence aos herdeiros necessários (CC, art. 1.846);
- 2) premissa menor: a legítima pertence ao companheiro e aos filhos (CC, art. 1.790);
- 3) conclusão: o companheiro e os filhos são herdeiros necessários.

Apesar da inversão do segundo e do terceiro juízos — se comparado com o exemplo anterior, relativo ao cônjuge —, manteve-se a premissa maior (prevista em lei) de que a legítima pertence aos herdeiros necessários.

Esta é a *ultima ratio* para a consideração de alguém como herdeiro necessário: que tal pessoa tenha o direito à legítima. Afinal, o herdeiro necessário (e só o herdeiro necessário) tem direito à legítima.

Um último exemplo tornará essa conclusão mais evidente. Suponhamos que o testador, tendo adquirido todo o seu patrimônio onerosamente e no curso da união estável, deixe sua metade disponível para seus sobrinhos. A metade restante será dividida, por força do que dispõe o inciso I do artigo 1.790, entre a companheira e o filho comum do casal. Percebe-se, neste caso, que a companheira herdará parte da legítima. E se é assim, ela só pode ser herdeira necessária, pois, caso contrário, jamais poderia receber parcela da herança que é destinada a esses herdeiros. Tal conclusão apresenta-se como o clímax desta tese, segundo a qual os companheiros foram considerados pelo Código Civil como herdeiros necessários, visto que têm direito à legítima.

Para a perfeita sedimentação dessa assertiva, há que se compreender exatamente por que o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário. Poder-se-ia imaginar que isso decorreu de uma opção do legislador, a fim de proteger o viúvo, de modo que ele não pudesse ser afastado da herança por testamento.

Ao ser apresentada dessa maneira, a constatação de que o cônjuge é herdeiro necessário perde seu verdadeiro foco. Parece que se trata de uma simples escolha do legislador, que poderia ter optado em atribuir ou não ao cônjuge essa qualidade sucessória. No entanto, não é isso o que ocorre.

No Código Civil de 1916, o cônjuge ocupava apenas a terceira classe de herdeiros, dentro da ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.603. Essa posição podia ser

suficiente numa época em que o regime legal de bens era o da comunhão universal⁸³² e não se reconheciam direitos sucessórios aos filhos adulterinos.⁸³³ Como, em regra, o cônjuge já teria a meação de todo o patrimônio, não precisava da herança, que podia ser destinada aos filhos. Ademais, mesmo nos casos em que o cônjuge não tivesse meação (por causa de eventual incomunicabilidade patrimonial), ele provavelmente não ficaria desamparado, por ser ascendente dos filhos matrimoniais, que receberiam a herança.⁸³⁴

Quando o regime legal de bens passou a ser o da comunhão parcial⁸³⁵ e os filhos extramatrimoniais adquiriram os mesmos direitos dos filhos matrimoniais⁸³⁶, o cônjuge passou a ficar numa situação delicada, que poderia resultar no seu desamparo.⁸³⁷ Para

⁸³² Estabelecia o Código Civil de 1916, em sua redação original: “Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal”. O dispositivo foi alterado pela Lei do Divórcio, n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que lhe deu a seguinte redação: “Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial”.

⁸³³ Dispunha o Código Civil de 1916, em sua redação original: “Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”. E o artigo 1.605 do mesmo diploma só admitia o direito sucessório dos filhos legítimos, legitimados, naturais reconhecidos e adotivos. O artigo 358 foi revogado pela Lei n.º 7.841, de 17 de outubro de 1989.

⁸³⁴ Preocupado com aquelas situações em que o cônjuge não teria a meação do patrimônio do falecido, o legislador acrescentou o seguinte parágrafo ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916: “§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*”. (Incluído pela Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962). ”.

⁸³⁵ Seguindo o que já havia estipulado a Lei do Divórcio, dispôs o Código Civil de 2002: “Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

⁸³⁶ Estabeleceu a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227: “§ 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O mesmo dispôs o Código Civil de 2002: “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁸³⁷ Para Aldemiro Rezende Dantas Júnior, a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários seria consequência da alteração do regime legal de bens pela Lei do Divórcio, como forma de compensação pela perda da comunhão universal: “A inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário (art. 1.845) pode ser facilmente explicada, sendo certo que, na realidade, trata-se de medida que é adotada com mais de 25 anos de atraso. [...] Ocorre que, com o advento da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77), o regime supletivo de bens passou a ser o da comunhão parcial, e com isso o cônjuge sobrevivente perdeu o direito à metade de todo o patrimônio do casal, tendo apenas a meação referente aos aquestos. Nessas circunstâncias, vale dizer, tendo o cônjuge deixado de ter meeiro (convém lembrar que, entre nós, não é disseminado o hábito de ser ajustado pacto antenupcial, quase sempre ocorrendo de vigorar entre as partes o regime supletivo de bens), mais coerente teria sido o legislador se, ao mesmo tempo, tivesse incluído o cônjuge sobrevivente entre os herdeiros necessários, aumentando-lhe a proteção, de modo a compensar a redução dessa mesma proteção em decorrência da mudança do regime de bens. Não o tendo feito na ocasião, vem agora o legislador, finalmente, no atual Código Civil, a corrigir a falha”. (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 542). Na realidade, essa é a razão indireta. Em decorrência da modificação do regime legal para a comunhão parcial (que já se encontrava também no Projeto do Código Civil), entendeu o legislador ser preciso incluir o cônjuge nas duas primeiras classes da ordem de vocação hereditária. A partir dessa iniciativa, é que o cônjuge teria, como consequência direta, que ser elevado à condição de herdeiro necessário.

evitar que isso ocorresse, o legislador do Código Civil de 2002, seguindo a tendência sucessória de outros países⁸³⁸, sentiu a necessidade de permitir que o cônjuge herdasse em concorrência com os descendentes naqueles regimes em que ele não teria a meação do patrimônio. Por coerência, também permitiu que o cônjuge concorresse com os ascendentes do falecido, neste caso, independentemente do regime de bens.⁸³⁹

Ao assentir na concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes e os ascendentes do *de cujus*, todavia, o legislador deparar-se-ia certamente com o seguinte problema: como permitir que o cônjuge, que não se incluía entre os herdeiros necessários, recebesse parte da herança destinada a eles? A única solução seria considerar o cônjuge, igualmente, herdeiro necessário.

Conforme se constata, portanto, a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários não se trata de uma faculdade do legislador, mas de uma decorrência lógica e inevitável da sua concorrência com esses herdeiros.⁸⁴⁰ Caso contrário, como se poderia retirar parte da legítima e entregá-la ao cônjuge?

Percebe-se, por conseguinte, que não é possível admitir-se uma concorrência sucessória entre herdeiros necessários e herdeiros facultativos. Afinal, se o testador pode dispor de metade da herança em testamento, a outra metade constitui a legítima, que será dividida entre os herdeiros necessários concorrentes.

⁸³⁸ A propósito, já expusemos, juntamente com José Luiz Gavião de Almeida: “Situação semelhante ocorria em outros países. Em Portugal, por exemplo, na redação original do Código Civil (Decreto-Lei n.º 47.344, de 1966), a posição jurídica do cônjuge sobrevivente também era bastante desfavorecida, pois ele era apenas herdeiro legítimo e se encontrava na quarta classe dos sucessíveis. Com a reforma do Código Civil português, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496, de 1977, o cônjuge passou a ser considerado não somente herdeiro legítimo, mas também legitimário, além de ter sido elevado à primeira classe dos sucessíveis”. (ALMEIDA, José Luiz Gavião; LIGIERA; Wilson Ricardo. A Dignidade do cônjuge supérstite e as polêmicas em torno da sucessão. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**, p. 530).

⁸³⁹ Visando dar prioridade aos descendentes na sucessão, o legislador procurou atrelar o direito de concorrência do cônjuge à ausência de meação. Assim, estipulou no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, que o cônjuge não concorreria com os descendentes naqueles regimes em que ele supostamente já teria uma parcela do patrimônio decorrente da comunhão patrimonial, a saber, regime da comunhão universal, regime da comunhão parcial sem a existência de bens particulares e regime da separação obrigatória (que, por força da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, também permitiria a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento). Já com relação à concorrência com os ascendentes, entendeu o legislador que o cônjuge deveria herdar em qualquer regime, mesmo que já tivesse a meação dos bens do casal. A proteção primária, portanto, é destinada aos descendentes.

⁸⁴⁰ Comenta Giselda Hironaka: “Tornar o sobrevivente herdeiro necessário da pessoa com quem conviveu e convivia até período próximo ao da morte desta é medida que se coaduna com a colocação daquele nas duas primeiras classes de vocação sucessória, em concorrência com descendentes e ascendentes. Com efeito, seria ilógico fazer do sobrevivente herdeiro preferencial, concorrente dos necessários, e, ao mesmo tempo, negar-lhe tal condição. Daí a regra do art. 1.845 referido”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856), p. 225).

O modo como o legislador de 2002 regulou a matéria, todavia, parece dar primazia à denominação dos herdeiros necessários, quando, na verdade, o mais importante é a consequência dessa qualidade sucessória. Diante disso, melhor redação era trazida pelo Código Civil de 1916, que dispunha: “Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, [...]”.

Por não poderem ser privados de metade da herança (ou seja, por terem direito à legítima), é que os descendentes e ascendentes são considerados herdeiros necessários. O mesmo ocorre atualmente com o cônjuge. No caso do companheiro, embora isso não tenha sido deixado tão claro pelo legislador do Código de 2002, a situação não é diferente.

Em suma, percebe-se que o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário porque teria direito à legítima, ao concorrer com os descendentes, ou com os ascendentes.⁸⁴¹ Simplesmente não há como alguém concorrer com herdeiros necessários sem fazer parte deles, pois isso implicaria a redução da legítima em favor de herdeiro não legitimário, violando preceito legal básico. Aqui reside, portanto, em última análise, o motivo da inserção do cônjuge no rol de herdeiros necessários.

Por todos esses motivos, chegamos ao ponto principal da fundamentação desta tese, para afirmar, definitivamente, que o companheiro é herdeiro necessário, e não tem como deixar de ser, pelo menos enquanto concorrer à herança com descendentes ou ascendentes do falecido, ou até que esses também deixem de ser herdeiros necessários.

⁸⁴¹ Ainda que esse não tenha sido o propósito deliberado do legislador, não havia outra opção, uma vez que o cônjuge recebe parte da legítima, que, por lei, só pode ser destinada a quem é herdeiro necessário. Não despercebemos, todavia, que na legislação anterior o cônjuge já concorria com os descendentes e os ascendentes, conforme previsão do § 1.º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, introduzido pela Lei n.º 4.121/62. O que poderia ser alegado àquela época, contudo, era o fato de que o cônjuge não receberia a propriedade, mas apenas o usufruto, o que não fazia dele verdadeiramente herdeiro, mas mero legatário. Conforme demonstrou Gustavo Tepedino, porém, “o que distingue a qualidade de herdeiro não é a natureza do direito transmitido mas a natureza da delação, que se dá, como vimos, a título universal”. (TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. 2. ed., p. 60-61). De qualquer modo, no Código Civil de 2002 tanto o cônjuge quanto o companheiro passaram a concorrer no direito de propriedade, afastando qualquer dúvida que pudesse ainda existir quanto à sua qualidade de herdeiros e, por conseguinte, de reservatários.

5.3.2.3 Objeções à Posição de Herdeiro Necessário do Companheiro

Acerca da posição do companheiro de herdeiro necessário, Álvaro Villaça Azevedo e Gustavo Rene Nicolau reconhecem que “há uma discussão no que se refere ao convivente ostentar ou não tal qualidade”. Declaram, ademais: “Por uma interpretação em consonância com a Constituição Federal e com a similaridade de situações sociais que o casamento e a união estável apresentam, há quem defenda ser mais razoável considerar o convivente nessa especial classe de herdeiros”. No entanto, por considerarem o artigo 1.845 como taxativo, expressam que ele “não deixa margem a tal entendimento, e parece que *lege lata*, não há como escapar da restrição imposta ao convivente”.⁸⁴²

Concordamos com os autores no sentido de que o artigo 1.845 parece taxativo. Apenas ponderamos que o artigo 1.829 também é taxativo e, no entanto, o companheiro é considerado herdeiro, inserido que foi na ordem de vocação hereditária pelo artigo 1.790. Este mesmo dispositivo, embora mal redigido e deslocado, regulamenta a sucessão do companheiro de modo a conferir-lhe o tratamento de herdeiro necessário, atribuindo-lhe parte da legítima. E como não é possível que herdeiro facultativo fique com a parte da legítima que cabe forçosamente aos herdeiros necessários, temos de concluir que o companheiro encontra-se inserido nessa categoria, mesmo que indiretamente.

Para Paulo Nader, o fato de os companheiros concorrerem com descendentes e ascendentes “não os eleva à condição de legitimários”. Segundo o autor, para que os companheiros sejam “excluídos da sucessão basta que o testador deixe todos os seus bens para os descendentes ou ascendentes, quando então não haverá oportunidade para a concorrência”.⁸⁴³

Embora a posição do autor seja bem exemplificada, ela parte do pressuposto de que o companheiro só herdaria da parte disponível. Se assim fosse, poderia o testador afastar totalmente da sucessão aquela pessoa com quem conviveu. No entanto, se considerarmos que o companheiro deva concorrer com os descendentes e os ascendentes sobre a generalidade dos bens, incluindo a metade indisponível, não poderia o autor da herança deixar todos os bens para os parentes em linha reta, privando o companheiro de uma

⁸⁴² AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. **Código Civil comentado:** das pessoas e dos bens (artigos 1.º a 103), p. 101-102.

⁸⁴³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 3. ed., p. 168.

concorrência imposta pela lei.

Seja como for, não podemos restringir a verificação da posição sucessória do companheiro a um único exemplo. Casuisticamente, poderia parecer viável a possibilidade de se afastar o companheiro da sucessão. Mas ao analisarmos a generalidade das situações, e nos depararmos com hipóteses em que o testador deixa toda sua parte disponível a terceiros, também poderemos, com base nisso, sustentar exatamente o contrário. Afinal, de acordo com o artigo 1.790, o companheiro participará da sucessão com os filhos do falecido.

A lei não estabelece nenhuma exceção quanto a isso, nem condiciona sua participação à existência de bens componentes da metade disponível da herança. O companheiro pode herdar, ainda que só reste na herança a metade indisponível. E nesse caso, receberá, inevitavelmente parte da legítima. Precisamos, assim, chegar a uma conclusão acerca da posição sucessória do companheiro para a generalidade dos casos. Como, em algumas situações, ele herda parte da legítima, só pode ser considerado herdeiro necessário. E se é considerado herdeiro necessário em alguns casos, terá de ser em todos, pois não há nenhuma razão nem previsão legal para que só em determinados momentos ele seja tratado como tal. Ou é, ou não é. Se for, sempre será.

José Luiz Gavião de Almeida, embora não reconhecendo que o companheiro seja herdeiro necessário, expressa:

O companheiro tem situação estranha no novo Código, que provocará, por certo, grande celeuma no direito sucessório. Parece incluído entre os herdeiros necessários, tanto que concorre com estes à sucessão (art. 1.790). Mas também concorre com colaterais, e apenas na inexistência destes é que recolherá a totalidade da herança (art. 1.790, III e IV).⁸⁴⁴

Conforme já sustentamos, todavia, a má redação dos incisos III e IV não é suficiente para anular o que é estabelecido pelos incisos I e II. Se o companheiro concorre com os descendentes, recebendo parte da legítima que cabe tão somente aos herdeiros necessários, não há como, factivamente, tratá-lo de outro modo.

Ney de Mello Almada, após reconhecer que o companheiro concorre sem restrição alguma com os herdeiros necessários, passa a apresentar seu posicionamento, pelo qual o

⁸⁴⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões (artigos 1.784 a 1.856), p. 251.

companheiro não seria considerado herdeiro legítimo:

Registre-se, desde logo, que, embora seja herdeiro legítimo, o companheiro, todavia não se categoriza como um herdeiro necessário, peculiaridade esta restrita ao cônjuge. Assim se entende porque o legislador recusou-se a atribuir àquele tal benefício, cuja outorga, por implicar restrição de direito contido no *déficit* à liberdade de testar, haveria de ser expressa em lei.⁸⁴⁵

Na verdade, porém, foi o próprio legislador que determinou, em norma cogente, que o companheiro “participará da sucessão” (art. 1.790, *caput*), além do que o posicionou ao lado dos herdeiros necessários na ordem de vocação, de modo que ele pudesse receber parte da legítima a eles destinada. Ao fazer isso, concedeu ao companheiro o benefício de não poder ser afastado da sucessão por testamento, limitando a liberdade de testar do hereditando. Portanto, “se o direito a suceder é inafastável e há reserva de quota para o companheiro, forçoso concluir que este deve ser considerado herdeiro necessário”.⁸⁴⁶

Eduardo de Oliveira Leite, por seu turno, quando opina que a melhor doutrina é aquela que não considera o companheiro herdeiro necessário, faz isso com base no argumento de que, “quando a Constituição prevê a necessidade de, através de legislação infraconstitucional, facilitar a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3.º), está claramente sinalizando os limites de atuação do legislador ordinário de outorgar aos companheiros mais benefícios à união estável”.⁸⁴⁷

No entanto, o texto constitucional em momento algum determina quais seriam os direitos que o legislador infraconstitucional poderia atribuir aos companheiros, muito menos proíbe ao legislador ordinário conceder-lhe direitos semelhantes aos dos cônjuges. No máximo, poder-se-ia entender que o legislador não pode dar ao companheiro direitos superiores. Entretanto, não é o que ocorre aqui. Considerá-lo herdeiro necessário não

⁸⁴⁵ ALMADA, Ney de Mello. **Sucessões**: legítima – testamentária – inventários e partilhas, p. 127.

⁸⁴⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Herdeiros necessários. In: GHIARONI, Regina (Coord.). **Direito das sucessões**, p. 125. No mesmo sentido, são as ponderações de Aldemiro Rezende Dantas Júnior: “Além disso, pode-se ainda observar que o art. 1.790 do Código Civil, tanto no *caput* quanto em seus incisos, determinou de modo explícito a participação do companheiro na sucessão. Com efeito, no *caput* foi mencionado que o companheiro sobrevivente **participará** da sucessão do outro, enquanto nos incisos I, III e IV foi mencionado que o companheiro **terá direito** a receber uma certa quota da herança. Assim, mesmo a interpretação gramatical, a mais pobre de todas as técnicas de interpretação, já aponta no sentido de que o de cujus não pode afastar, por meio de testamento, o direito sucessório assegurado ao seu companheiro.” (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 592).

⁸⁴⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). 5. ed., p. 329.

facilita nem dificulta a conversão da união estável em casamento; apenas protege a entidade familiar, por garantir direitos a quem, junto com o falecido, constituía uma família.

Oportunas, a respeito do tema, as ponderações de Alexandre Gir Gomes:

Deve ser criticada, porém, a ausência do convivente supérstite no rol de herdeiros necessários, equiparando-o, nesse ponto, ao cônjuge. A medida seria justa e de rigor, garantiria a sucessão para ambos sem enfraquecer a opção do legislador de tratar desigualmente essas entidades familiares.⁸⁴⁸

Euclides de Oliveira critica o tratamento dispensado ao companheiro, como flagrantemente discriminatório.⁸⁴⁹ No entanto, defende “o retorno ao sistema sucessório do Código Civil de 1916, em que se restringiam os herdeiros necessários aos descendentes e ascendentes, sob pena de estender-se igual proteção ao companheiro”.⁸⁵⁰

Para o autor, a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários “tem merecido críticas porque estabelece a obrigatória vinculação hereditária do cônjuge, ainda quando o casamento tenha sido no regime da absoluta separação de bens, por expressa convenção das partes”.⁸⁵¹

Como já considerado, contudo, a despeito da aparente inconveniência de se tornar o cônjuge herdeiro necessário, não há como afastá-lo desse privilégio sucessório a partir do momento em que ele foi elevado da terceira posição, na ordem de vocação hereditária, para a primeira e a segunda classes, em concorrência com os descendentes e os ascendentes. Como temos reiteradamente demonstrado, não é possível que um herdeiro facultativo concorra a parte da legítima, destinada por lei apenas aos herdeiros reservatários.

Poder-se-ia objetar a esse raciocínio, sob o argumento de que na Lei n.º 8.971/94, o legislador também foi incisivo, ao utilizar o mesmo verbo para se referir ao direito dos companheiros (“participação”), além do que, determinara a sua concorrência com os descendentes e ascendentes, que já eram herdeiros necessários. Sobre essa questão, convém transcrever as elucidações de Aldemiro Rezende Dantas Júnior:

⁸⁴⁸ GOMES, Alexandre Gir. A Desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade, p. 13.

⁸⁴⁹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão, p. 154.

⁸⁵⁰ Ibidem, p. 202.

⁸⁵¹ Ibidem, p. 201-202.

É verdade que, antes da vigência do Código Civil de 2002, a Lei 8.971/94 usava o mesmo verbo **participar** (art. 2.º), ao se referir à sucessão pelo companheiro, sendo incisiva ao apontar o direito do companheiro à herança do falecido, e mesmo assim nossos grandes juristas apontavam que o companheiro era apenas herdeiro facultativo, e não herdeiro necessário. Nesse sentido, por exemplo, a lição sempre respeitada de Sílvia Rodrigues. No entanto, eram outras e completamente distintas as circunstâncias daquele momento, em relação à situação atual.

Com efeito, na vigência do Código Civil de 1916 o cônjuge sobrevivente não era herdeiro necessário, podendo ser afastado da sucessão pelo testador, ainda que não houvesse descendentes e nem ascendentes do falecido. Logo, caso se entendesse que ao companheiro sobrevivente havia sido atribuída essa condição de herdeiro necessário, haveria aí a inconstitucionalidade já mencionada acima, consistente no obstáculo subjetivo que se estaria criando para a conversão em casamento. Desse modo, interpretando-se o dispositivo à luz da Constituição Federal, a única solução possível seria no sentido de entender que o mesmo não incluía o companheiro entre os herdeiros necessários, sob pena de transformá-lo em norma inconstitucional.⁸⁵²

Na verdade, entendemos que tanto o cônjuge quanto o companheiro já poderiam ter sido considerados herdeiros necessários na legislação anterior. No entanto, ainda que isso não tenha sido reconhecido àquela época pela maioria da doutrina, por eventuais objeções suscitadas quanto à inconstitucionalidade do direito legitimário do companheiro, qualquer óbice que antes poderia ser invocado já não se aplica ao Código Civil de 2002. Atualmente, o cônjuge é herdeiro necessário e concorre com os descendentes e os ascendentes no direito de propriedade — assim como se dá com o companheiro —, não mais apenas no direito de usufruto, como ocorria no passado.

Em sendo assim, para retirar do cônjuge a qualidade de herdeiro necessário seria preciso antes eliminá-lo da posição sucessória de herdeiro da primeira classe, juntamente com os descendentes, ou da segunda classe, em conjunto com os ascendentes. Ou, então, haveria que se suprimir dessa qualidade legitimária os parentes em linha reta do *de cujus*, eliminando, de uma vez por todas, o direito à legítima do ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, não sendo este o propósito do legislador, a única solução é manter o cônjuge na posição de herdeiro necessário e estender igualmente esse atributo ao companheiro.

O óbice relacionado à suposta falta de coerência entre a inafastabilidade sucessória e o regime de separação de bens não constitui motivo para que o cônjuge e o companheiro sejam privados do predicado de herdeiros forçosos. A faculdade concedida aos cônjuges,

⁸⁵² DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**, p. 592.

por meio de pacto antenupcial⁸⁵³, e aos companheiros, por meio de contrato de convivência⁸⁵⁴, não lhes permite derogar as normas de direito sucessório, que devem atender aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

A liberdade de escolha do regime de bens é atribuída pela lei e nesta encontra seus limites. Tanto é assim, que o Código Civil prevê ser “nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei” (CC, art. 1.655). E a lei proíbe expressamente como “objeto de contrato a herança de pessoa viva” (CC, art. 426). Isso significa que, ao escolherem as regras de regime de bens para a constância da sociedade conjugal ou convivencial, não podem as partes declinar das normas cogentes do direito das sucessões.

O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento (CC, art. 1.639, § 1.º) e permanece em vigor até o término da sociedade conjugal (CC, art. 1.576). Com a morte, esta se dissolve (CC, art. 1.571, I), junto com o próprio vínculo (CC, art. 1.571, § 1.º). A partir desse momento, as regras estipuladas pelos consortes acerca do regime de bens, criadas dentro do direito de família, deixam de vigorar, transmitindo-se o patrimônio do falecido a seus herdeiros de acordo com as regras sucessórias, previstas no direito das sucessões. Em que pese à ligação dos dois ramos do direito civil, cada um tem suas próprias normas e princípios. E não é dado aos cônjuges, nem aos conviventes, obstaculizar a aplicação do princípio constitucional que prevê o direito de herança, consubstanciado nos dispositivos legais que regulam a transmissão dos bens de uma pessoa em decorrência de sua morte.

Em suma, podem os cônjuges ou conviventes impedir a comunicação patrimonial em vida, por meio da escolha de um determinado regime de bens, mas não lhes é dado afastar a incidência das normas do direito sucessório, que produzem efeitos a partir da dissolução do relacionamento por morte, quando, então, o regime de bens já não mais vigorará.

Guilherme Couto de Castro, em breve consideração sobre o tema, assevera que o companheiro pode ser afastado por testamento, por não ter sido arrolado como herdeiro

⁸⁵³ Código Civil de 2002: “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

⁸⁵⁴ Código Civil de 2002: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

necessário, e acrescenta: “além de o legislador não o ter expressado, posicionou o companheiro de modo a concorrer, na sucessão legítima, com os colaterais, algo incompatível com a titularidade de cota legítima”.⁸⁵⁵ Concordamos, de fato, que não é possível a concorrência entre herdeiros necessários e facultativos. No entanto, esse argumento não impede que se considere o companheiro como legítimo. Afinal, como já demonstrado, o companheiro realmente não deve concorrer com os parentes colaterais, haja vista que, diante da inexistência de descendentes e ascendentes, a herança deverá ser a ele inteiramente deferida.

Poderá ser alegado que, não obstante a concorrência do cônjuge e do companheiro com os herdeiros necessários, ainda assim é possível encontrar uma forma para que eles não se incluam nessa classe de sucessores.⁸⁵⁶

Entretanto, seria preciso responder à seguinte pergunta: como é possível que alguém concorra com os descendentes e os ascendentes, que são herdeiros necessários, sem retirar parte de sua legítima?

Se o legislador pretender afastar do cônjuge e do companheiro essa qualidade de legítimos, mas manter sua concorrência com os demais herdeiros necessários, teria que adotar uma das seguintes posturas: 1) reduzir a porcentagem da legítima; ou 2) só permitir a concorrência sobre a parte disponível.

A primeira solução foi abordada por Silvio Rodrigues, ao tratar do usufruto viual do cônjuge, concedido pela Lei n.º 4.121/62, que introduziu o § 1.º ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916. Ao enfrentar o argumento que defendia a tese restritiva do direito sucessório do cônjuge, pela qual o usufruto viual não poderia afetar a legítima dos herdeiros necessários, Silvio Rodrigues ponderou: “O respeito à legítima representa, a meu ver, argumento demagógico. A integridade da legítima foi criada por lei ordinária sem nenhuma garantia constitucional, e dessa forma pode o legislador ordinário reduzi-la, ou

⁸⁵⁵ CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito civil**: lições, p. 365.

⁸⁵⁶ Nem se diga que, na legislação anterior, já existia essa concorrência e tais herdeiros não eram considerados necessários. Afinal, como demonstrado, independentemente de previsão legal expressa nesse sentido, o cônjuge e o companheiro já poderiam ser considerados herdeiros necessários no sistema anterior: o cônjuge, a partir da Lei n.º 4.121/62, e o companheiro, com a Lei n.º 8.971/94. Por derradeiro, mesmo que grande parte da doutrina não os considerasse como legítimos, havia talvez uma razão para isso, pois não concorriam no direito de propriedade, mas apenas no usufruto. Agora, desaparecido esse eventual óbice, não mais pode ser aceito o velho argumento.

aumentá-la a seu alvedrio”.⁸⁵⁷

O raciocínio foi desenvolvido pelo doutrinador para sustentar que o direito do viúvo não poderia sofrer nenhuma restrição. Como o cônjuge não era considerado herdeiro necessário, pelo menos diante da redação do artigo 1.721 do Código de 1916, a única solução seria concluir que o usufruto não incidiria sobre a legítima, mas sobre parcela do patrimônio que fosse dela reduzida. A legítima dos descendentes e dos ascendentes, de acordo com esse pensamento, não corresponderia à metade dos bens do falecido, o que, a nosso ver, afronta muito mais o disposto no artigo 1.721, do que considerar que, a despeito da não alusão ao cônjuge nesse dispositivo, ele teria sido elevado à categoria de herdeiro necessário pela Lei n.º 4.121/62.⁸⁵⁸

Obviamente, se o legislador quisesse, poderia reduzir a porcentagem atribuída aos herdeiros necessários como legítima. Entretanto, diante da redação do Código Civil de 1916 e também na atual redação do Código Civil de 2002, percebe-se claramente que o legislador não fez nada disso. Deveras, há que se reconhecer que em nenhum momento se permite que os herdeiros necessários recebam parcela inferior a 50% do patrimônio do *de cuius*. Ao contrário, de modo semelhante ao que estipulava o artigo 1.721 do Código anterior⁸⁵⁹, dispõe expressamente o Código Civil de 2002: “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. Coerentemente, essa metade foi destinada, pelo legislador, a quem compõe a classe legitimária. E se é assim, quem a recebe só pode estar incluído nessa categoria sucessória.

Quanto à segunda proposta, de só permitir a concorrência sobre a parte disponível, isso até poderia ocorrer, por expressa previsão legal. No entanto, também não se encontra no Código Civil brasileiro nenhuma base que viabilize essa saída. Com efeito, não há nada na lei que dê margem a tal interpretação. Ao invés disso, o Código Civil é absolutamente

⁸⁵⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 80.

⁸⁵⁸ Gustavo Tepedino sustentou, com razão, que a Lei n.º 4.121/62, ao instituir o usufruto viudal, estabelecendo a reserva em usufruto, “tornou o cônjuge supérstite herdeiro legitimário no direito positivo brasileiro”. (TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. 2. ed., p. 78). O autor deixou apenas de enfatizar que isso ocorreu em virtude da concorrência do cônjuge com os herdeiros necessários, dando maior atenção ao caráter imperativo do dispositivo, que, ao utilizar a expressão “terá direito”, estabeleceu uma tutela *ex lege*, garantida mesmo contra o testamento.

⁸⁵⁹ Dizia o Código Civil de 1916: “Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723)”.

claro ao estabelecer a concorrência sucessória do companheiro e do cônjuge em equivalente “quota” (CC, art. 1.790, I) ou “quinhão” (CC, art. 1.832) dos demais herdeiros, fazendo-a incidir tanto sobre a parte disponível quanto sobre a parte indisponível. Com efeito, a única ressalva feita pelo legislador diz respeito ao modo de aquisição do patrimônio, resultando em serem bens comuns ou particulares. Nada há no Código que atrele o direito de concorrer à herança à disponibilidade dos bens.

O artigo 1.790, embora deslocado do Capítulo que trata da ordem de vocação hereditária, alterou-a, para incutir o direito do companheiro no direito de propriedade dos herdeiros necessários, mas manteve a disciplina da parte disponível no artigo antecedente, permitindo ao testador “dispor da metade da herança” (CC/02, art. 1.789).⁸⁶⁰ Consequentemente, fez incidir o direito do companheiro exatamente sobre a legítima, por norma cogente, insuscetível de ser afastada pelo testador, do mesmo modo como fez com o cônjuge no artigo 1.829.

Em sendo assim, pelo menos dentro da sistemática adotada pela legislação em vigor, não há, verdadeiramente, como afastar da sucessão o cônjuge e o companheiro, visto que ambos têm direito à legítima, parcela da qual esses herdeiros não podem ser privados.

Poder-se-ia questionar, todavia, por que em alguns países há concorrência entre herdeiros necessários e herdeiros facultativos.

Na Venezuela, conforme já analisado anteriormente, embora o cônjuge concorra com os irmãos do falecido (art. 825), estes não são considerados herdeiros necessários (art. 883). Há, todavia, regras próprias para o cálculo da legítima, que é calculada sobre a metade do quinhão de cada herdeiro na sucessão intestada (art. 884). A disposição dos bens pelo testador, outrossim, dependerá do valor da legítima, de acordo com quem é chamado à sucessão.

Na Itália, o cônjuge também concorre com os irmãos do falecido na sucessão

⁸⁶⁰ O mesmo fizera a Lei n.º 4.121/62, ao alterar o Código Civil de 1916, conforme observado por Gustavo Tepedino: “Mantida a parte disponível em toda a sua disciplina, e alterada a sucessão necessária de modo a incutir o direito do cônjuge no direito de propriedade de outros herdeiros, manifesta está a compressão, por imposição legal cogente, do direito dos legitimários”. (TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. 2. ed., p. 83). Há que se salientar, porém, que o direito dos legitimários não foi comprimido, nem diminuído. Continuou sendo exatamente metade da herança. Apenas houve a inclusão do cônjuge e do companheiro na classe legitimária, de modo que, se antes a metade da herança era destinada apenas aos descendentes ou aos ascendentes, a partir da concorrência do cônjuge e do companheiro a legítima passou a ser compartilhada por todos os herdeiros, quer da primeira, quer da segunda classe.

intestada (art. 582), mas não concorre com eles na sucessão legítima, que é tratada separadamente e de acordo com preceitos diferenciados (arts. 542 e 544).

No México, o cônjuge concorre com os irmãos (art. 1.627), mas as regras relativas à disponibilidade dos bens são completamente diferentes das existentes no Brasil.

Na Colômbia, o cônjuge concorre com os ascendentes (art. 1.046), que são herdeiros necessários (art. 1.240), mas pode concorrer também com os irmãos (art. 1.047), que não são. Ao mesmo tempo, não é tratado como herdeiro necessário, embora tenha direito a uma “porção conjugal”, se herdarem os descendentes (art. 1.045). Essa porção não se confunde com a legítima, embora também seja uma atribuição forçosa (art. 1.226). O sistema apresenta características particulares, com regras totalmente distintas dos outros países.

Como advertiu Miguel Reale, “o Direito Comparado não pode se reduzir ao mero confronto de códigos e leis de diversos povos, sem se levar em conta as estruturas sociais e políticas de cada um deles”.⁸⁶¹ Muito menos podemos aceitar que, pelo fato de outros povos não atribuírem ao cônjuge e ao companheiro a qualidade de herdeiros necessários, que o mesmo deverá ocorrer no Brasil.

Percebe-se, portanto, que as peculiaridades dos sistemas estrangeiros não nos permitem, por meio de comparações superficiais, concluir pela viabilidade da concorrência sucessória entre herdeiros de categorias diversas. Nosso direito positivo não trata de modo apartado as sucessões legítima e legítima, mas cuida de ambas conjuntamente, esta como parte daquela. Além disso, confere aos herdeiros necessários porção específica e invariável da herança, calculada sobre o patrimônio do *de cujus*, independentemente do número de legítimos. Não regula a legítima de cada herdeiro de modo individual, com base em critérios próprios, e muito menos condiciona a legítima à ausência de certos bens ou a determinada condição financeira. Sendo diferente a sistemática nos países que preveem a concorrência entre herdeiros necessários e não necessários, não se pode tomá-las como argumento de que, em nosso país, isso também seria possível.

⁸⁶¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309. Continua o autor: “Somos levados a graves erros quando nos limitamos a um simples cotejo formal de textos legais, fazendo abstração de seus elementos condicionantes, inclusive das razões ideológicas que dão significado diverso às mesmas expressões verbais. Um artigo, inserido no sistema de nosso Direito de Família, por exemplo, não tem sentido igual ao que se lê no Direito de Família chinês, pois cada preceito de lei, além do significado que as palavras expressam, tem o valor que lhe confere a totalidade do ordenamento jurídico”. (Ibidem, loc. cit.).

5.3.2.4 O Companheiro e seu Direito à Legítima

Conforme descreve Inocêncio Galvão Telles, a figura da legítima “inspira-se em razões de ordem **objectiva**, destinando à tutela dos vínculos familiares que prendem o autor da herança aos seus herdeiros mais próximos”. (grifo do autor).⁸⁶²

Após chegarmos à conclusão de que o companheiro recebeu do legislador o direito à legítima e que, portanto, foi tratado como herdeiro necessário, convém analisarmos melhor as hipóteses em que a legítima do falecido será atribuída à pessoa que com ele convivia.

Nos termos do artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro participará da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Depreende-se daí que o companheiro, em regra, não herda dos bens particulares do falecido, mas apenas dos bens comuns, dos quais também terá direito de meação.

No entanto, a rigor, há que se fazer uma distinção: a lei não diz que o companheiro receberá, em virtude de seu direito sucessório, parte dos bens comuns e sim dos “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Embora estes normalmente sejam comuns — pois adquiridos a título oneroso durante a convivência —, pode haver exceções, como na hipótese em que um bem tenha sido comprado em sub-rogação a um bem particular (CC, art. 1.659, II). Por outro lado, é possível que um bem comum não tenha sido adquirido onerosamente, mas por doação, herança ou legado, em favor de ambos os conviventes (CC, art. 1.660, III).

A dúvida que surge daí é a seguinte: a lei pretende vincular a sucessão aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável ou aos bens comuns? Salvo melhor juízo, entendemos que o objetivo da lei é restringir a sucessão aos bens cuja aquisição tenha sido feita com a colaboração do companheiro, ainda que imaterial. Dito de outro modo, é necessário que o bem tenha sido adquirido com esforços de ambos.

Debaixo desse entendimento, um “bem adquirido onerosamente com recursos provenientes da venda de um bem particular não poderá integrar o acervo hereditário do

⁸⁶² TELLES, Inocêncio Galvão. **Sucessão legítima e sucessão legitimária**, p. 62.

companheiro sobrevivente”⁸⁶³, tampouco o bem comum adquirido a título gratuito, por doação ou herança. Portanto, para que um determinado bem ingresse na herança do companheiro, ele deverá ser, ao mesmo tempo, comum e adquirido a título oneroso.

Para melhor compreensão da matéria, é útil analisarmos alguns exemplos. Suponhamos três situações diversas: 1) casa recebida como doação em favor de ambos os conviventes; 2) apartamento comprado em sub-rogação a um outro imóvel, que pertencia apenas ao companheiro falecido, por ter sido adquirido antes da convivência; 3) chácara comprada pelo companheiro falecido, com o dinheiro proveniente de seu trabalho, durante a união estável.

No primeiro caso, o bem é comum, mas não adquirido a título oneroso. Portanto, não ingressa na sucessão do companheiro, embora ele tenha direito a metade do bem, em virtude do direito de meação decorrente das regras do regime da comunhão parcial.

No segundo exemplo, o bem é adquirido a título oneroso, mas não é comum. Logo, também não compõe a herança do companheiro. Neste caso, há que se ressaltar, não haverá nem herança, nem meação, pois o bem era particular.

Por fim, na terceira hipótese sugerida, o bem era comum e adquirido onerosamente durante a união estável. Consequentemente, ele integrará a herança do companheiro. Neste caso, o companheiro sobrevivente terá a meação do imóvel, por conta das regras do regime da comunhão parcial. E também herdará parte da outra metade, pertencente ao falecido, em virtude da disciplina sucessória da união estável.

Considerados esses três exemplos, suponhamos agora que cada um dos bens mencionados tivesse o mesmo valor, de 200 mil reais, e juntos compusessem o monte-mor. Chega-se, daí, à conclusão que a universalidade dos bens do falecido alcança o valor de 600 mil reais. No entanto, para calcular o valor da legítima, há que se descontar dessa soma a meação do companheiro sobrevivente. Como a casa e a chácara eram bens comuns, terá o companheiro direito à metade desses imóveis por força da aplicação das regras do regime de bens, no valor de 200 mil reais. O valor da herança, por conseguinte, é de 400 mil reais. Logo, a legítima é de 200 mil reais.

Imaginemos, em continuidade de nosso raciocínio, que o falecido tenha feito um

⁸⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões, p. 195.

testamento, no qual deixou toda sua parte disponível a seu irmão, a quem foi destinado o apartamento (no valor de 200 mil reais), correspondente à metade da herança. Levando-se em consideração, à guisa de exemplo, que o *de cujus* tivesse tido um filho com sua companheira, o que comporia a herança de cada um dos herdeiros legítimos?

Tendo sido verificado que o testador dispôs da metade de seus bens em testamento, a outra metade será repartida entre os herdeiros indicados no inciso I do artigo 1.790, quais sejam, o companheiro e o filho do autor da herança. Essa metade restante, no entanto, constitui a legítima, motivo pelo qual temos sustentado que o companheiro só poderá recebê-la por ser herdeiro necessário.

A pergunta que nos cabe responder agora é a seguinte: a legítima deverá ser repartida igualmente entre todos os herdeiros necessários?

Se todos os herdeiros necessários fossem filhos do falecido, a resposta seria afirmativa, sendo que cada um deles receberia o valor de 100 mil reais como herança.

No entanto, no caso *sub examine*, a legítima do companheiro será inferior à legítima do filho. Isto se dá porque o companheiro só participa dos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, enquanto o filho herda de todos os bens. Outrossim, o companheiro só herdará parte da chácara, que é o bem comum adquirido onerosamente. E desse bem, de acordo com o inciso I do artigo 1.790, o companheiro “terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”. Em conclusão, o companheiro herdará 25% da chácara (no valor de 50 mil reais) e receberá a meação de 50% desse mesmo imóvel (no valor de 100 mil reais), além da meação da casa (no valor de 100 mil reais).

O filho, por outro lado, herdará 25% da chácara (no valor de 50 mil reais) e ainda 50% da casa (referente à meação que cabia ao *de cujus*, no valor de 100 mil reais).

Poder-se-ia indagar por que não atribuir os 50% da chácara, como herança, ao companheiro, e os 50% da casa, como herança, ao filho, de modo a se igualarem as

legítimas dos herdeiros necessários.⁸⁶⁴ A resposta é simples: porque a lei determina que o companheiro só herdar dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Portanto, a legítima do companheiro é restrita a tais bens.

Embora aparentemente confusa, a conclusão é inevitável. A dificuldade na resolução do problema não pode nos levar a rejeitar a qualificação do companheiro de herdeiro necessário. Afinal, a mesma dificuldade haverá na identificação da herança do cônjuge, e nem por isso lhe pode ser negada a posição de legitimário. Se não, vejamos.

Consideremos o mesmo exemplo, mas partindo do pressuposto de que eles fossem casados. No regime da comunhão parcial, e em concorrência com o descendente, o cônjuge supérstite herda apenas dos bens particulares. Consequentemente, o viúvo só poderia herdar parte do apartamento. Sendo assim, tomando-se por base os valores fornecidos, o herdeiro testamentário teria de ficar com parte dos outros bens, pois não se poderia, na partilha, destinar-lhe fração do apartamento, haja vista que isso comprometeria o direito à legítima do cônjuge. O filho, por sua vez, receberia metade do apartamento (que é o bem particular do *de cujus*) e poderia ainda herdar dos bens comuns. Logo, a legítima do filho poderia ser superior à legítima do cônjuge, embora ambos sejam herdeiros necessários.⁸⁶⁵

Dentro dessa consideração, percebe-se que um último aspecto ainda merece ser verificado. Na sucessão do cônjuge com os descendentes, devem ser tomados alguns cuidados adicionais quando o *de cujus* deixa testamento. Pelo fato de que o cônjuge só herda dos bens particulares, estes não podem ser incluídos nas disposições de última vontade de modo a se prejudicar a legítima do viúvo. Na verdade, é preciso analisar não apenas se a disposição testamentária violou a legítima como um todo, ultrapassando a metade disponível do testador, mas também se atingiu a legítima específica do cônjuge, relativa aos bens particulares. Em ambos os casos, terá de ser feita uma redução da disposição aos limites daquilo que o testador poderia dispor, nos termos do artigo 1.967 do

⁸⁶⁴ No exemplo considerado, até haveria patrimônio suficiente para se repartirem os bens por igual. Entretanto, dependendo do valor de cada bem, essa divisão nem poderia ser cogitada. Suponhamos, por exemplo, que a casa, o apartamento e a chácara valessem, respectivamente, 800 mil, 400 mil e 200 mil reais. Neste caso, como o companheiro só pode herdar dos bens comuns adquiridos onerosamente (ou seja, da chácara, que vale 200 mil), é evidente que a legítima do filho seria muito superior, pois ele herdaria dos outros bens (neste exemplo, da casa, que vale 800 mil). Tudo isso considerando-se, como informado, que o apartamento foi destinado ao herdeiro testamentário, como metade disponível.

⁸⁶⁵ Suponhamos, para ilustrar, que o valor da casa fosse 800 mil de reais, o apartamento valesse 200 mil, e, a chácara, 400 mil. O cônjuge receberia como herança apenas 100 mil, equivalente à metade do apartamento, que é o bem particular. O filho herdaria esse mesmo valor de 100 mil, referente ao apartamento, e mais 200 mil da casa ou da chácara, que são bens comuns (já descontada a herança do sucessor testamentário).

Código Civil.

Para melhor compreensão, vejamos um exemplo singelo. Imaginemos que a herança a ser partilhada seja de 100 mil reais, sendo que 50 mil correspondem a bens particulares e os outros 50 mil referem-se à parte do *de cujus* nos bens comuns do casal. Neste caso, embora a metade disponível também seja 50 mil, ela não poderá ser retirada inteiramente dos bens particulares, pois só destes o cônjuge herda. Assim, se o testador dispusesse em testamento desses bens, restariam na herança apenas bens comuns, dos quais o cônjuge não herda em concorrência com os descendentes. Por conseguinte, a legítima do viúvo restaria prejudicada, pois ele acabaria não herdando nada.

Essa mesma verificação terá de ser feita no caso do companheiro. Não é lícita a deixa testamentária que inclua a totalidade da meação do *de cujus*, visto que com isso seria suprimido o direito de herança do companheiro, que só herda dos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável. Se isso ocorrer, também terá de se proceder a uma redução da disposição testamentária, de modo que o companheiro possa herdar aquilo que a lei lhe destina.

5.3.2.5 O Companheiro e o Dever de Colacionar

Conforme analisado oportunamente, quando a Lei n.º 4.121/64 atribuiu ao cônjuge o direito de usufruto, por meio da introdução do § 1.º ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916, ele passou a ser herdeiro necessário. Diante disso, surgiu a dúvida quanto à necessidade de o viúvo colacionar os bens que eventualmente lhe tivessem sido doados pelo falecido.

Analisando a problemática, Gustavo Tepedino salientou que a colação a que se sujeitavam os descendentes envolvia “restrições que só se podem admitir quando dispostas expressamente pela lei”, diante do que concluiu: “Não o fazendo, conclui-se, *a fortiori*, que o legislador enquadre o cônjuge, embora legitimário, na regra geral, calculando-se sua fração exclusivamente pelo *id quod relictum*”⁸⁶⁶, ou seja, o que resta no patrimônio no

⁸⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**, p. 80.

momento da morte. Desse modo, excluído da colação, o cônjuge estaria isento de imputar à legítima as liberalidades recebidas do *de cuius*, desde que respeitados os limites da parte disponível.

Considerando situação semelhante em Portugal, José António de França Pitão expressou parecer-lhe “lógico que o cônjuge deveria estar sujeito a colação, quando tenha sido beneficiado em vida com uma doação feita pelo autor da sucessão”. Segundo o autor português, as razões que justificavam a aplicação do instituto da colação ao descendente “podem também repetir-se em relação ao cônjuge, dado que ele é, por um lado, herdeiro de primeira classe e, por outro lado, é sempre presuntivo herdeiro legitimário do *de cuius* desde a data da celebração do casamento”.⁸⁶⁷

No Código Civil brasileiro, o cônjuge não foi expressamente obrigado a colacionar os bens recebidos por doação, pois o artigo 2.002 só mencionou os descendentes. Nem por isso há que se entender que o cônjuge foi liberado desse dever, visto que o artigo 2003 estabelece que a colação tem por objetivo igualar “as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente” e o artigo 544 prescreve que a doação entre cônjuges “importa adiantamento do que lhes cabe por herança”. Portanto, não obstante a omissão legal, há de se concluir que o cônjuge está obrigado a colacionar os bens que lhe foram doados por seu consorte, desde que, no caso concreto, seja herdeiro concorrente com os descendentes.

Como o companheiro não foi mencionado no artigo 544 nem nos artigos do Código Civil que tratam a colação, tudo levaria a crer que ele não estaria obrigado a colacionar os bens doados. No entanto, essa omissão pode ser considerada não proposital, mas resultado do modo impreciso e empolado com que se regulou a sucessão do companheiro. Se o legislador nem mesmo intencionava que o companheiro fosse herdeiro necessário, não haveria nenhum sentido sujeitá-lo à colação.

Wilfreird Baby⁸⁶⁸ explana que, na França, nos casos em que o concubino é beneficiado com doações em vida, ele não está sujeito a trazer os bens à colação, visto que não é considerado herdeiro. Todavia, o legado feito a seu favor é automaticamente controlado a partir da herança que o falecido deixa aos herdeiros reservatários, pois, diante da existência destes, o testador tem limitada sua liberdade de dispor de seus bens em

⁸⁶⁷ PITÃO, José António de França. **A Posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português**, p. 67.

⁸⁶⁸ BABY, Wilfreird. **La Protection du concubin survivant**, p. 44.

testamento.

Em nosso país, uma vez que o companheiro foi, por fim, tratado como legitimário, pode-se entender que ele deveria ter sido inserido não só no artigo 1.845, que descreve o rol dos herdeiros necessários, mas em todos os demais artigos que regulamentam a matéria atinente à legítima de tais sucessores.

Por outro lado, também é cabível o entendimento de que, por não ter sido mencionada no artigo 544, a doação feita ao companheiro não importa adiantamento da legítima, por se considerar que foi retirada da parte disponível.

Enquanto a lei não for alterada, sempre se questionará se é possível aplicar-lhe tais regras, mas, a fim de se evitarem injustiças e, sobretudo, graves prejuízos aos descendentes, não há, em tese, como livrar completamente o companheiro do dever de colacionar.

Entretanto, uma questão bastante intrincada há de ser considerada. O companheiro herda, em geral, apenas dos bens comuns. Sendo assim, as doações que lhe fossem feitas do patrimônio particular do falecido não teriam de ser conferidas.

A questão é, sem dúvida alguma, de difícil solução, e estará presente também na sucessão do cônjuge, que só herda dos bens particulares e, portanto, só estaria obrigado a colacionar esses bens. A diferença está no fato de que, se o companheiro herda dos bens comuns, como poderia receber esses bens em doação, de modo que fosse obrigado a colacionar o seu valor? Isso só se daria se o autor da herança doasse ao companheiro a sua parte nos bens comuns, tornando-os bens particulares do herdeiro. Nesse caso, posto que excepcional, seria possível falar-se em colação do companheiro.

Por fim, saliente-se que, se o autor da herança tiver apenas um filho, e lhe fizer a doação da sua parte nos bens comuns, adquiridos onerosamente no curso da união estável, o filho deverá trazer esses bens à colação, para inteirar o valor da legítima do companheiro.

5.4 CONCLUSÕES SOBRE O TRATAMENTO PRÓPRIO DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

A sucessão do companheiro no novo Código Civil apresenta-se como um dos assuntos mais controvertidos e debatidos na doutrina.

De acordo com o artigo 1.790, a companheira ou companheiro participa da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições estabelecidas em seus quatro incisos.

Há que se notar que a sucessão do companheiro em concorrência com os filhos do falecido dá-se de modo exatamente oposto ao que ocorre com o cônjuge: enquanto este só herda dos bens particulares (pois dos comuns já retirou sua meação), aquele só herda dos bens comuns (ou seja, retira a meação e também herda da mesma classe de bens).

Embora aparentemente contraditório, o raciocínio do legislador, nesse caso, parece ser o de que seria inadmissível que um convivente pudesse ficar com parte dos bens para cuja aquisição não contribuiu, evitando, com isso, uniões estáveis forjadas com o único intuito de recebimento de vantagem patrimonial.

No que diz respeito à sucessão com os pais do autor da herança, é digno de nota que, se o companheiro concorrer com ambos os genitores, herdará o mesmo que herdaria se eles fossem casados: um terço da herança. A única diferença é que o cônjuge herdaria de todos os bens do falecido, enquanto a herança do companheiro incidiria apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, por força do que estabelece o *caput* do artigo 1.790.

Como o inciso III do artigo 1.790 refere-se, porém, “a um terço **da herança**” (grifamos), isso pode ser compreendido no sentido de que, na concorrência com os ascendentes, a sucessão do companheiro não seria restrita aos bens comuns, adquiridos durante a união, mas a todo o patrimônio — assim como se dá com o cônjuge.

Havendo somente pai ou mãe, todavia, o companheiro continuaria recebendo apenas um terço, enquanto o cônjuge receberia a metade.

O mesmo se daria com relação aos ascendentes de maior grau (avós, bisavós, etc.):

o companheiro receberia um terço; o cônjuge, por outro lado, receberia metade.

Melhor seria que o companheiro também recebesse metade da herança nesses casos, principalmente se levarmos em conta que ele só herda dos bens que, de algum modo, ajudou a conquistar.

Mais uma vez, porém, percebe-se claramente o tratamento diferenciado do companheiro, em relação à situação do cônjuge.

Deve ser ressaltado que, diversamente do que ocorre com o cônjuge sobrevivente, que ocupa a terceira classe de herdeiros na ordem de vocação hereditária, vindo antes dos colaterais, o companheiro, numa interpretação literal, não herdaria sozinho enquanto houvesse algum parente colateral até o quarto grau. E, ao concorrer com qualquer colateral sucessível, o companheiro continuaria recebendo apenas um terço da herança, enquanto o colateral receberia dois terços.

Esse tratamento tem provocado inúmeras controvérsias, especialmente diante do entendimento de que o companheiro só herdaria pequena parte do patrimônio que contribuiu para acumular (ou que até tenha sido adquirido por ele), sendo que o patrimônio exclusivo do *de cujus* iria integralmente para os colaterais.

Isso se dá porque o *caput* do artigo 1.790 diz que o companheiro só tem direito à parte dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, nas condições seguintes: “III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança”.

Questiona-se por que razão um primo, um tio-avô ou um sobrinho-neto deva ter preferência àquela pessoa com quem o *de cujus* decidiu compartilhar sua vida.

Conforme amplamente considerado no decorrer deste trabalho, há de se entender que os “outros parentes sucessíveis”, mencionados no dispositivo, são os ascendentes, não os colaterais. Estes não são parentes sucessíveis em concorrência com o companheiro, mas somente são chamados à sucessão na ausência dele.

Com relação ao estatuído no inciso IV, de que, “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”, também é mister supor, numa interpretação harmônica e sistemática do Código Civil, que o legislador pretendeu entregar ao companheiro todos os bens do falecido, não havendo que se falar em divisão da herança entre o convivente e o

Poder Público.

Por fim, saliente-se que, ao permitir a união estável enquanto a pessoa ainda está casada (apenas separada de fato), o Código Civil criou uma situação ímpar: a possibilidade de o companheiro concorrer à herança juntamente com o cônjuge.

Isso ocorre, como já exposto, porque o artigo 1.830 reconhece o direito sucessório do cônjuge se, ao tempo da morte do outro, estavam separados de fato há até dois anos. Ademais, o cônjuge poderá continuar sendo herdeiro muito além disso, indefinidamente, caso a separação tenha ocorrido sem sua culpa.

Percebe-se, logo, que a redação do dispositivo cria enorme celeuma em torno dos direitos sucessórios, quando ex-cônjuge e companheiro entendem que têm direito à herança do falecido. De fato, teremos muitas situações em que, em regra, tanto o ex-cônjuge quanto o atual companheiro terão participação na herança do *de cujus*.

O problema é solucionado da seguinte maneira: o cônjuge deve herdar apenas dos bens acumulados até a dissolução da sociedade conjugal, enquanto o companheiro, em regra, só concorre aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência. Havendo filhos, estes concorreriam com ambos, em relação a cada parte do patrimônio.

Na ausência de descendentes, porém, debaixo do entendimento de que o companheiro deve receber parte de toda a herança (e não somente dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável), haveria enorme celeuma. Obviamente, caberá ao juiz analisar cuidadosamente caso a caso. Em geral, sustentamos que o cônjuge, excepcionalmente, poderia herdar dos bens adquiridos pelo falecido enquanto ainda viviam juntos, desde que o viúvo não tenha sido responsável pela separação. O companheiro, por sua vez, herdaria os demais bens.

Acrescente-se a tudo isso o fato de que, assim como o cônjuge, o companheiro é herdeiro necessário, não podendo ser afastado da quota legítima que a lei lhe atribuiu.

Conforme considerado, muitos imaginam que a inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários decorreu de mera escolha do legislador, a fim de proteger o viúvo, de modo que o autor da herança não pudesse afastá-lo por testamento.

Alguns até criticam a inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários, propondo

que ele seja excluído do rol constante do artigo 1.845, a fim de que o casal tenha liberdade para afastar a possibilidade de qualquer transferência patrimonial, se assim desejar. No entanto, essa proposta não pode ser concretizada.

Quando se decidiu que, para a proteção do cônjuge, ele teria de ser incluído na primeira classe, na ordem de vocação hereditária, automaticamente ele foi transformado em herdeiro necessário. Portanto, foi o artigo 1.829 (e não propriamente o 1.845) que incluiu o cônjuge entre os herdeiros legitimários. O artigo 1.845 só reconheceu essa inclusão.

Da mesma forma, o companheiro foi indiretamente elevado à categoria de legitimário, em virtude de sua concorrência com os descendentes e com os ascendentes, que são herdeiros necessários.

Com efeito, não há como alguém ter direito a uma parte da legítima sem ser herdeiro necessário. Não se trata de preferência ou idealismo, mas sim de constatação de que a legítima pertence, de pleno direito, aos herdeiros necessários, entre os quais se encontra o companheiro.

Sua posição sucessória, como se percebe, não é tão ruim quanto muitos têm ensinado. O importante é que se reconheça que o artigo 1.790 deve ser interpretado dentro da sistemática do Código Civil e em harmonia com a Constituição Federal, garantindo-se ao companheiro a proteção patrimonial necessária à preservação de sua dignidade, como membro de uma entidade familiar.

6 PROPOSTA LEGISLATIVA

O Código Civil, especialmente no Livro do Direito das Sucessões, contém várias imprecisões que precisam ser rapidamente corrigidas, porquanto têm provocado as mais discrepantes decisões judiciais, gerando justificados temores e grave insegurança jurídica.

Não obstante, no Direito Sucessório, a revogação ou alteração de uma lei não elimina os inúmeros problemas gerados por sua redação imperfeita, pois, ainda que derogada, ela continuará a reger a transmissão da herança de todos aqueles que faleceram — e não foram poucos — durante sua vigência. Poderá, obviamente, evitar problemas futuros, mas não necessariamente resolverá os conflitos pretéritos. Seria como se ficássemos presos indefinidamente à lei mal redigida.

Isso ocorre porque vige em nosso sistema o princípio de *saisine*, pelo qual a sucessão é regulada pela lei em vigor no momento da sua abertura, ainda que posteriormente revogada, pois é no exato instante da morte que o patrimônio do falecido transfere-se aos seus herdeiros, mesmo que o inventário seja feito muito tempo depois.

Ademais, não se pode ignorar o fato de que grande parte das propostas de alteração que tramitam no Congresso Nacional também possui incorreções e contradições, as quais, além de não fornecerem uma solução para as dúvidas existentes, se aprovadas, ainda criariam outras.

Considerados esses fatores, propomos, na finalização de nossa tese, a modificação de alguns dispositivos do atual Código Civil brasileiro.

6.1 DIRETRIZES PARA A ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Uma lei da magnitude de um Código Civil não pode ser alterada a todo momento. O profícuo trabalho de juristas renomados, que durante décadas dedicaram-se à produção do atual diploma não pode ser desprezado. A modificação de uma lei sempre acarreta necessidade de adaptações por parte da sociedade. Mesmo que estabelecido um longo

prazo de *vacatio legis*, a população em geral não tem tempo suficiente para tomar conhecimento das mudanças e se adaptar concordemente. Sendo assim, não se deve alterar uma lei apenas para atender a caprichos egoístas ou ideias mirabolantes pouco refletidas, pois os malefícios poderiam ser maiores do que os eventuais benefícios.

Levando-se em consideração os fatores acima expostos, a presente proposta pauta-se pelas seguintes diretrizes:

1) Clareza

A clareza é característica indispensável de uma lei com a grandeza e abrangência do Código Civil, que tem por objetivo regular a vida de cada cidadão, desde antes de seu nascimento até depois de sua morte. As alterações propostas, destarte, visam conferir maior inteligibilidade ao texto, esclarecendo dúvidas e suprimindo omissões.

2) Alteração mínima

O diploma vigente é fruto de trabalho árduo de grandes juristas, resultado de muita reflexão e estudo profícuo. Tomando-se por base essa premissa, há que se procurar manter, o máximo possível, a redação original, evitando-se surpreender a população com novas regras desnecessárias, bem como promover modificações irrefletidas, com supedâneo em meras preferências pessoais e motivações individuais mesquinhas. Ademais, é preciso extremo cuidado com alterações no campo do Direito das Sucessões, pois, ainda que revogada, a lei antiga continuará regulando todas as sucessões abertas durante sua vigência. Outrossim, convém alterá-la minimamente, corrigindo erros graves, mas, sempre que possível, mantendo o sentido básico do texto.

3) Adaptação às correntes majoritárias (da doutrina e da jurisprudência)

Por fim, as alterações propostas buscam, sempre que possível, a consonância com as correntes majoritárias, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, de modo a repelir interpretações isoladas e pouco difundidas. Decorridos mais de dez anos de vigência do atual Código Civil, muitos foram os estudos realizados em torno da matéria até que se atingisse o imprescindível amadurecimento, de modo que quaisquer modificações no texto em vigor devem sopesar os verdadeiros benefícios e os eventuais prejuízos decorrentes de uma alteração legislativa. Mantendo-se os posicionamentos dominantes, resultado de profícuos estudos de notáveis juristas, consolidar-se-á a melhor interpretação produzida no

decorrer desses anos de vigência. Obviamente, isso nem sempre é possível, pois a maioria também pode se equivocar. Excepcionalmente, quando imprescindível, há que se adotar posicionamento minoritário, a fim de corrigir falhas e evitar injustiças.

6.2 JUSTIFICATIVA

A presente proposta visa corrigir algumas falhas dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, no que diz respeito às alterações sugeridas para o Livro V da Parte Especial do Código Civil brasileiro – Direito das Sucessões.

Saliente-se que as modificações sugeridas por Zeno Veloso, contidas no Projeto de Lei n.º 276/2007, foram boas para a época de *vacatio legis*, quando o novo diploma civil ainda não havia entrado em vigor. Àquela época, era possível alterar-se substancialmente o texto do Código sem prejuízos significativos à sociedade. Entretanto, hoje não mais se sustentam algumas das alterações propostas, haja vista que os anos de vigência do Código de 2002 fizeram com que se consolidassem as necessárias interpretações trazidas pelos grandes civilistas do país. Desse modo, profundas alterações produziriam neste momento maiores malefícios. Há que se manter, portanto, o espírito que norteou a elaboração do Código de Miguel Reale, promovendo-se as adaptações e correções imprescindíveis à elucidação das eventuais dúvidas remanescentes, sem, contudo, desvirtuar o seu propósito original.

O Projeto de Lei n.º 276/07 propõe a alteração dos seguintes dispositivos do Código Civil, integrantes do Livro V – Direito das Sucessões: 1.788, 1.790, 1.800, 1.801, 1.815, 1.829, 1.831, 1.834, 1.835, 1.848, 1.859, 1.860, 1.864, 1.881, 1.909, 1.963, 1.965 e 2.002.

Serão apresentadas abaixo sugestões de melhoria na redação de alguns desses dispositivos, bem como de outros que tenham ou possam ter relação direta com a sucessão do companheiro, a saber, artigos 1.789, 1.790, 1.801, 1.810, 1.829, 1.831, 1.832, 1.837, 1.845 e 1.857, acompanhadas das respectivas justificativas.

Todas as modificações aqui indicadas são necessárias para a plena harmonização dos dispositivos com o Código Civil, como um todo, com a Constituição Federal de 1988 e

com a legislação ordinária.

Apresenta-se, na consideração de cada artigo, quadro comparativo entre o texto em vigor e a alteração proposta, contendo as inovações em destaque, a fim de permitir a melhor visualização das modificações sugeridas.

6.2.1 Artigo 1.789 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.	Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança, salvo em benefício desses próprios herdeiros, respeitada a legítima de cada um.

A atual redação do dispositivo contém uma imprecisão. Na realidade, mesmo havendo herdeiros necessários, o testador poderá dispor de mais da metade da herança, haja vista que poderá contemplá-los no testamento, distribuindo entre eles os bens da legítima.

Nesse sentido, estabelece o artigo 2.014: “Art. 2.014. Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas”.

O que não poderá fazer é dispor da sua metade (indisponível) em prejuízo dos herdeiros necessários, violando a quota legitimária desses sucessores. Respeitada, porém, a porção de cada, relativa à legítima, é dado ao testador distribuir sua metade disponível como bem entender, beneficiando um, alguns ou todos os herdeiros necessários.

6.2.2 Artigo 1.790 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
<p>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:</p> <p>I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;</p> <p>II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;</p> <p>III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;</p> <p>IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.</p>	<p>Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão nas condições seguintes:</p> <p>I – se concorrer somente com descendentes comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao descendente;</p> <p>II – se concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, ainda que em conjunto com descendentes comuns, terá direito a metade da quota que por lei for atribuída ao descendente;</p> <p>III – se concorrer com os ascendentes, terá direito a um terço da herança;</p> <p>IV – não havendo ascendentes, terá direito à totalidade da herança.</p> <p>Parágrafo único. Na concorrência com os descendentes, a herança do companheiro será restrita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.</p>

O legislador infraconstitucional cometeu inúmeros equívocos ao disciplinar o direito sucessório no Brasil, principalmente na redação do artigo 1.790 do Código Civil atual.

Dentre tais lapsos, só admitiu que o companheiro recebesse fração dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, o que, numa interpretação *a contrario sensu*, faria com que o restante da herança pudesse ser declarado vacante, na ausência de outros sucessores.

Por fim, percebe-se que o legislador do Código de 2002 restringiu ainda mais os direitos sucessórios do companheiro. Enquanto pela Lei n.º 8.971/94, não havendo descendentes e ascendentes, o companheiro herdaria a totalidade da herança, pela redação literal da norma vigente o companheiro terá de concorrer com colaterais, recebendo parte ínfima do patrimônio deixado pela pessoa com quem constituía uma família, se comparada

com a parcela do patrimônio atribuída aos irmãos, tios, sobrinhos, primos, e até tio-avô e sobrinho-neto.

Diante disso, há inúmeras propostas de alteração do Código Civil, visando alterar a regulação dos direitos sucessórios dos companheiros, entre as quais se destacam as seguintes: Projeto de Lei n.º 276/07; Projeto de Lei n.º 2.528/07; Projeto de Lei n.º 4.343/08; Projeto de Lei n.º 4.944/05; Projeto de Lei n.º 508/07; Projeto de Lei n.º 5.538/05. Apesar da boa intenção de seus autores, cada uma dessas propostas contém falhas que poderiam conturbar ainda mais o ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme salientou Zeno Veloso, na proposta contida no Projeto de Lei n.º 276/07, o artigo 1.790 do Código Civil, tal como se encontra em vigor, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros, se comparado com a legislação anterior – Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96. Ademais, a redação confusa tem dado origem a controvérsias desnecessárias.

Partindo de nossa proposta de alteração mínima, absolutamente necessária à correta interpretação do texto, apresentamos apenas as modificações imprescindíveis à harmonização da redação vigente com o espírito da lei, excluindo vocábulos excrescentes e adicionando os indispensáveis, dentro de uma sistemática consentânea com a integridade normativa e em harmonia com a técnica empregada na elaboração da lei.

Diante de tais razões, pode ser suprimida a referência à “companheira”, utilizando-se o gênero masculino para se referir a ambos os sexos.

Quanto à proporção hereditária estabelecida na atual redação, esta deve ser mantida, pois não viola nenhum preceito constitucional. Trata-se de uma questão de escolha, realizada pelo legislador de 2002, que não precisa ser abandonada neste momento. Pouco tempo se passou para que se tornasse necessária uma mudança completa e radical. E muito tempo decorreu para que se desprezasse, simplesmente, o texto em vigor, promovendo-se uma nova disciplina acerca da sucessão do companheiro, pela utilização de critérios totalmente diversos. O prejuízo de uma série de diferentes tratamentos em tão curto período de tempo seria incomensurável. Já há bastante confusão hodiernamente, com várias leis regulando a transmissão do patrimônio.

A Lei n.º 8.971/94 e a Lei n.º 9.278/96 ainda produzem seus efeitos, disciplinando a sucessão de todos aqueles que, durante sua vigência, morreram em união estável.

Concomitantemente, o Código Civil de 2002 trata da transmissão patrimonial dos companheiros falecidos desde 11 de janeiro de 2003.

Uma nova disciplina, inteiramente diversa, só faria com que tivéssemos um número excessivo de leis regulamentando o direito sucessório dos conviventes, dificultando ainda mais o trabalho de hermenêutica e trazendo novas discussões, sem pôr fim às antigas.

A modificação ora sugerida, portanto, coaduna-se com o texto vigente, apenas afastando possíveis equívocos e interpretações divergentes, de modo a consolidar, definitivamente, o propósito da lei. Ao mesmo tempo, servirá para sedimentar o espírito do novel diploma, indicando ao intérprete a melhor exegese para os anos que se passaram, de modo a se promover com mais segurança e uniformidade a partilha dos bens daqueles que faleceram durante os anos iniciais de vigência do Código de Reale, mas cujo inventário ainda se processa. Em suma: afastam-se as dúvidas existentes, sem se criarem outras.

A alteração sugerida para o inciso I corrige o equívoco no uso da expressão “filhos”, quando se pretendeu dizer “**descendentes**”. A inclusão singela da expressão “**somente**” destina-se a afastar a dúvida que atormenta a doutrina acerca da concorrência com filhos comuns e exclusivos.

No inciso II, a troca do vocábulo “só” por “**exclusivos**” resulta em uma redação mais técnica e mais clara, evitando-se interpretações no sentido de que a palavra “só” refere-se à concorrência somente com descendentes do autor da herança, e não, concomitantemente, com descendentes comuns do casal. Ao mesmo tempo, para se dissiparem todas as dúvidas, é proveitosa a inclusão do esclarecimento “**ainda que em conjunto com descendentes comuns**”. A atribuição de meia quota ao companheiro é mais justa quando concorre com descendentes exclusivos do autor da herança, haja ou não descendentes comuns. Por fim, a modificação da parte final do inciso II harmoniza o texto com a redação do inciso I, repelindo a confusão trazida pela atual expressão “metade do que couber a cada um daqueles”, que permite a conclusão errônea de que o companheiro teria direito à metade cumulativa do que recebesse cada descendente.

A modificação sugerida para o inciso III intenciona afastar a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo quando parece beneficiar um parente distante que não faz parte do núcleo familiar do *de cujus*, em detrimento do companheiro, aclarando que, por “outros parentes sucessíveis” devem ser entendidos apenas “**os ascendentes**” do

falecido, e não os colaterais, que só devem receber a herança na ausência de cônjuge ou companheiro. Ademais, a sugestão retoma o texto da Lei n.º 8.971/94, ainda aplicado por alguns tribunais, de modo a manter a transmissão da totalidade da herança ao companheiro, na ausência de descendentes e ascendentes.

O atual inciso IV, por uma questão de técnica legislativa, deveria ser transformado em parágrafo, em harmonia com o que dispõe a Lei Complementar n.º 95/1998, segundo a qual se devem “expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida” (Art. 11, III, c). Do modo como se encontra redigido, o dispositivo parece jamais atribuir a herança inteira ao companheiro, ainda que na ausência de outros parentes sucessíveis, o que não se coaduna com o artigo 1.844 do Código, que declara que a herança se devolve ao Município ou ao Distrito Federal apenas se o falecido não deixar companheiro sobrevivente.

Observa-se, porém, que no inciso III o legislador também utilizou a expressão “herança”. Para sermos coerentes, havemos de interpretar esse vocábulo da mesma maneira, nos incisos III e IV. Destarte, ao invés de transformar o inciso IV em parágrafo, melhor é retirar do *caput* a expressão “**quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável**” e incluí-la em dispositivo próprio, criando-se um parágrafo único, de modo a esclarecer que tal restrição só se aplica na concorrência com os descendentes — o que também aproxima mais o texto da ideia utilizada na regulamentação da concorrência do cônjuge, no artigo 1.829, que não herda de todos os bens somente na hipótese de concurso com os descendentes.

Saliente-se, por derradeiro, que a sucessão do companheiro restou regulada de modo diverso da sucessão do cônjuge, o que indubitavelmente foi proposital. O raciocínio utilizado foi de que seria inadmissível que um convivente pudesse ficar com parte dos bens para cuja aquisição não contribuiu, em prejuízo dos descendentes do falecido. Enquanto o cônjuge só herda dos bens particulares (pois dos comuns já retirou sua meação), o companheiro só herda dos bens adquiridos onerosamente durante a união (em geral, recebe sua meação e também herda uma fração da metade do hereditando).

A intenção parece óbvia: o companheiro só deve herdar, a princípio, da parte do patrimônio que ajudou a adquirir. Isso evitaria pretensas alegações e tentativas de reconhecimento de uma união estável que nunca existiu, com interesse exclusivo na

herança do falecido. Há que se considerar, por fim, que, ao contrário do casamento, a união estável nasce de uma situação de fato, frequentemente não prevista, nem contratada. A diversidade de tratamento, outrossim, deve-se à presença de critérios variados para a fixação do direito sucessório na união estável e no casamento, que, dadas as inerentes diferenças entre os institutos, deve ser mantida.

6.2.3 Artigo 1.801 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
<p>Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:</p> <p>I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;</p> <p>II – as testemunhas do testamento;</p> <p>III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;</p> <p>IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.</p>	<p>Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:</p> <p>I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus descendentes, ascendentes e irmãos;</p> <p>II – as testemunhas do testamento;</p> <p>III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge;</p> <p>IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.</p>

Há necessidade de se corrigirem dois incisos do artigo 1.801, que padecem de falhas significativas.

No inciso I, devem ser acrescentados, entre as pessoas que não podem ser nomeadas herdeiras ou legatárias, os “**descendentes**” da pessoa que, a rogo do testador, escreveu o testamento. A omissão desses parentes é injustificável, haja vista que sua nomeação tornaria a disposição testamentária suspeita ou duvidosa. A expressão “descendentes” constava do dispositivo correspondente do Código Civil de 1916, artigo 1.719, inciso I, não havendo razão para sua exclusão do texto, o que certamente decorreu de um equívoco do legislador de 2002. A inclusão dos descendentes também harmonizará

o artigo 1.801 com o parágrafo único do artigo 1.802, que prevê: “Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.”

O inciso III merece ser alterado, em consonância com o que já consta do Projeto 276, mas com a eliminação da menção à separação de fato e à culpa em relação a tal separação, porque não há concubinato diante de separação de fato, nos termos do artigo 1.723, § 1.º, do Código Civil. Como já salientara Zeno Veloso, esse inciso faz alusão ao prazo de cinco anos de separação, que é excessivo e entra em contradição com a regra do artigo 1.830, motivo pelo qual deve ser eliminado. A menção à ausência de “culpa” do testador pela separação faz-se necessária, pois não haveria sentido que o cônjuge inocente, abandonado pelo seu consorte, fosse impedido de testar em favor da pessoa com quem estabelecesse um novo relacionamento. Se, por outro lado, foi o testador o culpado pela separação, deve ser proibido de nomear o seu concubino, pois isso poderia prejudicar o direito sucessório do cônjuge inocente.

Há que se esclarecer, contudo, que, estando o testador “**separado de fato**” e vindo a constituir novo relacionamento, este não será caracterizado como concubinato e sim como união estável, não incidindo a referida proibição. A vedação legal restringe-se, portanto, às situações em que o testador permanece vivendo com seu cônjuge, mantendo, ao mesmo tempo, um relacionamento extraconjugal, e também àquelas em que o testador teve culpa pelo rompimento da sociedade conjugal, abandonando o cônjuge para viver com quem, até então, mantinha uma relação concubinária impura.

Embora a discussão da culpa seja muito criticada pela moderna doutrina familiarista, e talvez deva com o tempo ser eliminada, ela encontra-se inserida no texto atual. Dentro da presente proposta, de manter sempre que possível o texto em vigor, afastando somente os erros grosseiros, não há como extirpá-la nesse momento.

6.2.4 Artigo 1.810 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
Art. 1.810. Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente.	Art. 1.810. Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros do mesmo grau; sendo ele o único deste grau, devolve-se aos do grau subsequente, ou, não havendo, aos da próxima classe.

Existe na atual redação uma imprecisão terminológica. O dispositivo refere-se ao direito de acrescer, que se dá entre herdeiros do mesmo grau, e não apenas entre herdeiros da mesma classe descendente.

O Código Civil utiliza a expressão “classe” para se referir a cada uma das ordens de herdeiros, dentro da sequência vocacional hereditária prevista em lei, ou a uma linhagem de parentesco, descendente, ascendente ou colateral. Assim, por exemplo, no artigo 1.836, § 1.º, a lei se refere à “classe dos ascendentes”, e no artigo 1.840 ela se reporta à “classe dos colaterais”. Dentro da mesma classe, porém, há vários graus.

Na realidade, portanto, a parte do renunciante é acrescida à dos outros herdeiros do mesmo grau. Diante da ausência de outros sucessores do mesmo grau, dentro de uma determinada classe, a parte do renunciante é oferecida ao grau seguinte. Somente diante da inexistência de outros sucessores dentro da mesma classe, considerados todos os seus graus, é que o quinhão do renunciante é destinado à próxima classe.

A alteração proposta também possui a vantagem de afastar qualquer dúvida que pudesse vir a existir quanto à concorrência do cônjuge. Na redação atual, poder-se-ia sustentar que, estando o viúvo inserido na primeira classe de herdeiros, a renúncia de todos os descendentes faria com que a parte deles acrescesse à do cônjuge, que herdaria sozinho, mesmo diante da existência de ascendentes.

Isso não deve ocorrer, porquanto o artigo 1.836 prevê: “Art. 1.836 Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”.

6.2.5 Artigo 1.829 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
<p>Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:</p> <p>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;</p> <p>II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;</p> <p>III – ao cônjuge sobrevivente;</p> <p>IV – aos colaterais.</p>	<p>Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:</p> <p>I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente;</p> <p>II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente;</p> <p>III – ao cônjuge sobrevivente;</p> <p>IV – aos colaterais.</p> <p>Parágrafo único. Em concorrência com os descendentes, o cônjuge sobrevivente herdará apenas dos bens sobre os quais não tiver direito de meação.</p>

Nos termos do artigo 11, inciso I, alínea b, da Lei Complementar n.º 95/1998, as disposições normativas devem ser redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observada, para esse propósito, a utilização de frases curtas e concisas. A mesma lei estabelece, no artigo 11, inciso III, alínea c, que se devem “expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida”.

A modificação sugerida para o inciso I visa atender a essa determinação, estabelecendo a regra geral e deixando os aspectos complementares e restritivos para o parágrafo único.

Quanto ao acréscimo da expressão “sobrevivente” no inciso II, visa-se à harmonização do texto com os demais incisos.

A criação do parágrafo destina-se a restringir a aplicação do inciso I àquelas situações em que o cônjuge poderia ficar desamparado por não ter direito à meação dos bens. Mantém-se, com a sugestão apresentada, a mesma ideia presente na redação original, com evidente facilitação na compreensão da norma.

O presente dispositivo, por sua falta de clareza, é o que tem despertado maior controvérsia e dificuldade de entendimento. O texto sugerido tem o propósito de pôr fim à insegurança jurídica surgida nos primeiros anos de vigência do Código, sedimentando o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, no sentido de restringir a sucessão do cônjuge, quando concorre com os descendentes, àqueles bens particulares do falecido, sobre os quais o supérstite não tem a meação.

Essa foi certamente a intenção da Comissão elaboradora do novo Código, a fim de impedir que o cônjuge sobrevivente ficasse desamparado. Entretanto, a forma negativa do texto gerou dúvidas e incertezas, à medida que exigia uma interpretação *a contrario sensu*. Desse modo, a redação em vigor não menciona quais são os regimes em que o cônjuge concorre, mas aqueles em que ele não é herdeiro, o que, ao lado da redação extensa, compromete o entendimento.

Ademais, ao excluir da sucessão o cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens, partiu o legislador da premissa de que, nesse regime, o cônjuge já teria a meação e não precisaria da herança. Esqueceu-se, todavia, de que é possível, mesmo nesse regime, que todo o patrimônio do casal seja formado exclusivamente por bens particulares, recebidos por doação ou herança com cláusula de incomunicabilidade. Nessa hipótese, o cônjuge não teria meação e também nada receberia como herança. O equívoco precisa ser corrigido.

Quanto ao regime da separação de bens, a exclusão do cônjuge, intencionada pela Comissão presidida por Miguel Reale, não revela sua real motivação. Há quem entenda que o legislador pretendeu que o casamento não fosse causa de transmissão patrimonial, nem em vida, tampouco na morte. Por equívoco, todavia, a redação em vigor teria mencionado apenas o regime da separação obrigatória, não abrangendo o regime de separação convencional, resultado da escolha dos nubentes por meio de pacto antenupcial. O equívoco foi percebido pelo próprio Miguel Reale, que sugeriu fosse o texto corrigido, suprimindo-se o adjetivo “obrigatória”.

Entretanto, é possível que a finalidade principal da lei seja, também nesse caso, a de amparar o cônjuge não beneficiado com a meação do patrimônio. Se for assim, haveria uma razão para o tratamento diferenciado, pois no regime da separação obrigatória comunicam-se os bens adquiridos durante o casamento, por força da Súmula n.º 377 do

Supremo Tribunal Federal.

Em vista das obscuridades que envolvem a matéria, optamos por estabelecer simplesmente a regra geral, de que o cônjuge deva herdar quando não tiver meação. A redação torna-se bem mais clara e singela, evitando controvérsias intermináveis.

Ao mesmo tempo, privilegia os descendentes, que são os herdeiros mais próximos do falecido, a quem a lei intencionou proteger, entregando-lhes a meação do *de cuius* nos bens comuns do casal.

Por fim, há que se registrar que outra alteração seria possível, com o acréscimo de mais um parágrafo ao artigo 1.829, estabelecendo que, nos regimes de separação, o cônjuge não herdaria em concurso com os descendentes. Não há certeza, porém, de que essa seja a melhor saída, pois sempre afastaria da sucessão o cônjuge casado pela separação de bens, deixando-o, eventualmente, em situação de penúria.

A fim de evitar casamentos motivados exclusivamente por interesse na herança, em prejuízo dos filhos do *auctor successionis*, uma saída seria determinar que, nos casamentos celebrados sob o regime de separação, o cônjuge só herdaria dos bens adquiridos a título oneroso na constância da sociedade conjugal, o que exigiria a presença de esforço comum, ainda que presumido, na aquisição do patrimônio hereditário. Essa situação também aproximaria a sucessão do cônjuge da sucessão do companheiro, em situações semelhantes, cujo objetivo é evitar uniões por motivação econômico-patrimonial. Há que se lembrar, nesse sentido, que na união estável o companheiro herda com os descendentes independentemente do regime de bens adotado, mesmo que seja o da separação, mas sua participação na herança se restringe ao patrimônio que, pelo menos em princípio, ajudou a conquistar.

Diante de nosso objetivo, porém, de manter o máximo possível a regulamentação atual do Código Civil, deixamos de inserir essa alteração — que, realmente, nos parece a melhor, numa grande reforma legislativa — em nossa proposta.

6.2.6 Artigo 1.831 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.	Art. 1.831. Ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituir nova união e desde que seja o único daquela natureza a inventariar, exceto se, havendo vários imóveis, nenhum for atribuído a ele.

A inclusão da expressão “ou companheiro” tem o propósito de manter o direito real de habitação do convivente sobrevivente, presente no ordenamento jurídico desde a edição da Lei n.º 9.278/96, corrigindo uma injustiça e tornando desnecessária a aplicação forçada, pelos tribunais, do art. 7.º da referida lei às sucessões abertas na vigência do Código Civil de 2002.

O requisito expresso na frase “enquanto não constituir nova união” intenciona retomar a ideia do Código Civil de 1916, afastando a dúvida que veio à tona, com o diploma atual, quanto à continuidade do direito real de habitação àquele que constituísse nova família.

O Código anterior, porém, continha uma redação imprecisa, ao dispor: “enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado” (CC/1916, art. 1.611, § 2.º). O mesmo preceituava o parágrafo único do artigo 7.º da Lei n.º 9.278/96: “enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento”. Obviamente, o cônjuge (ou companheiro) só poderia exercer um direito “enquanto vivesse”, sendo desnecessária tal menção. Diante disso, melhor é fazer constar, simplesmente, “**enquanto não constituir nova união**”, o que abrange tanto a união matrimonial quanto a convivencial.

Essa restrição tem o propósito de proteger, em especial, os descendentes, que não teriam a plena propriedade do imóvel, mesmo quando o viúvo já tivesse reconstruído sua vida com outra pessoa e não precisasse mais daquele bem.

Finalmente, a inclusão da ressalva contida na expressão “**exceto se, havendo vários imóveis, nenhum for atribuído a ele**” tem o propósito de permitir o direito real de habitação em favor do cônjuge ou do companheiro necessitado, naquelas situações em que, embora aparentemente ele não precisasse exercê-lo, por existir na herança vários imóveis, no caso concreto nenhum deles fosse destinado ao viúvo em propriedade.

6.2.7 Artigo 1.832 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.	Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer.

O artigo 1.832 tem despertado grande polêmica, pois não esclareceu como se daria a divisão da herança na hipótese de concorrência do cônjuge supérstite com descendentes comuns do casal e descendentes exclusivos do autor da herança. A modificação sugerida, embora singela, põe fim às controvérsias. Positiva-se o entendimento majoritário, de que o privilégio de receber uma quarta parte só existe se o cônjuge for ascendente “**de todos os**” herdeiros.

A alteração esclarece o sentido da norma, de garantir maior parcela da herança ao cônjuge, sem nunca descuidar dos descendentes. Assim, o cônjuge só recebe a fração de um quarto, pressupondo-se que, com sua morte, transmitirá esse quinhão aos descendentes do falecido — que são, em última análise, os verdadeiros herdeiros privilegiados.

Destarte, a existência de um único descendente exclusivo do falecido impede que o cônjuge receba maior parcela, pois isso, no futuro, poderia prejudicar aquele que não é parente (no sentido estrito do termo) do viúvo.

6.2.8 Artigo 1.837 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.	Art. 1.837. Concorrendo com ambos os ascendentes de primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

A primeira parte do dispositivo pretende referir-se à concorrência do cônjuge com “**ambos os ascendentes**” (plural), e não com apenas um ascendente (singular), hipótese contemplada na segunda parte do artigo.

Em sendo assim, convém deixar o preceito mais claro, revelando facilmente, à simples leitura, que, na concorrência com o pai e a mãe, o cônjuge recebe um terço da herança (pois a herança é dividida, por igual, entre todos os herdeiros), ao passo que, se concorrer com apenas um deles, tem direito à metade da herança (que continua sendo dividida, igualmente, entre os herdeiros existentes).

Por fim, na concorrência com parentes mais distantes, ou seja, ascendentes a partir do segundo grau (avós, bisavós, trisavós, etc.), também é garantida ao cônjuge a metade do patrimônio do *de cujus*.

6.2.9 Artigo 1.845 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.	Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro .

A alteração, bastante singela, pretende harmonizar o preceito legal com o artigo 1.790 do Código Civil, que permite a concorrência do companheiro com os herdeiros

necessários — recebendo parte da legítima que só cabe a essa categoria de sucessores — quando a lei lhe destina quota específica, nos incisos I e II, incidente sobre a totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

A alteração também torna o dispositivo compatível com o artigo 1.850, que só permite que o testador exclua da sucessão, por testamento, os herdeiros colaterais.

Finalmente, a inclusão do “**companheiro**” vem no sentido de proteger esse integrante da família nuclear do hereditando, não permitindo que se cogite de seu afastamento da sucessão, injustificadamente, o que atentaria contra sua dignidade e afrontaria o dever de solidariedade familiar.

Embora o companheiro já seja herdeiro necessário, nada obstante a omissão do texto, convém harmonizá-lo com a sistemática adotada pelo diploma vigente.

6.2.10 Artigo 1.857 do Código Civil

TEXTO EM VIGOR	ALTERAÇÃO PROPOSTA
<p>Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.</p> <p>§ 1.º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.</p> <p>§ 2.º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.</p>	<p>Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.</p> <p>§ 1.º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento, salvo se destinada a esses mesmos herdeiros, respeitando-se a proporção reservada pela lei a cada um.</p> <p>§ 2.º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.</p>

A sugestão tem o propósito de evitar restrições à partilha intencionada pelo testador. Com efeito, a legítima dos herdeiros necessários pode ser incluída no testamento, desde que destinada a eles próprios.

Nos termos do artigo 2.014, é lícito ao testador indicar os bens e valores que devem

compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, desde que respeite o direito de cada herdeiro necessário na parte da legítima que lhe cabe, por imperativo legal. O que não se permite é a disposição, em favor de terceiros, da quota legitimária de cada herdeiro necessário.

6.3 ANTEPROJETO DE LEI

ANTEPROJETO DE LEI

Dá nova redação aos artigos 1.789, 1.790, 1.801, 1.810, 1.829, 1.831, 1.832, 1.837, 1.845 e 1.857 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Os artigos 1.789, 1.790, 1.801, 1.810, 1.829, 1.831, 1.832, 1.837, 1.845 e 1.857 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança, salvo em benefício desses próprios herdeiros, respeitada a legítima de cada um.”

“Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão nas condições seguintes:

I – se concorrer somente com descendentes comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao descendente;

II – se concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, ainda que em conjunto com descendentes comuns, terá direito a metade da quota que por lei for atribuída ao descendente;

III – se concorrer com os ascendentes, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Na concorrência com os descendentes, a herança do companheiro

será restrita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.”

“Art. 1.801. [...]

I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus descendentes, ascendentes e irmãos;

II – [...]

III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge;

IV – [...]”

“Art. 1.810. Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros do mesmo grau; sendo ele o único deste grau, devolve-se aos do grau subsequente, ou, não havendo, aos da próxima classe.”

“Art. 1.829. [...]

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente;

III – [...]

IV – [...]

Parágrafo único. Em concorrência com os descendentes, o cônjuge sobrevivente herdará apenas dos bens sobre os quais não tiver direito de meação.”

“Art. 1.831. Ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituir nova união e desde que seja o único daquela natureza a inventariar, exceto se, havendo vários imóveis, nenhum for atribuído a ele.”

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente de todos os herdeiros com que

concorrer.”

“Art. 1.837. Concorrendo com ambos os ascendentes de primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.”

“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro.”

“Art. 1.857. [...]

§ 1.º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento, salvo se destinada a esses mesmos herdeiros, respeitando-se a proporção reservada pela lei a cada um.

§ 2.º [...]

Art. 2.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa, foi possível verificar a posição sucessória do companheiro na qualidade de herdeiro necessário. Constatou-se que à união estável também devem ser aplicados os princípios constitucionais que protegem a família, notadamente o da solidariedade familiar e o da dignidade da pessoa humana. Diante disso, aquela pessoa que vive em união estável não pode ser privada da parcela da herança que a lei lhe atribui. Não é permitido ao testador, portanto, dispor da totalidade de seus bens em prejuízo de seu companheiro.

O artigo 1.845 do Código Civil prescreve que os descendentes, os ascendentes e o cônjuge são herdeiros necessários. Não inclui, expressamente, os companheiros entre esses sucessores, mas também não os exclui definitivamente. Com efeito, em nenhum momento o Código Civil indica que os companheiros podem ser afastados da sucessão por testamento. Tampouco estabelece que, das entidades familiares, apenas o casamento mereça a proteção da legítima. E dentro do mesmo capítulo que regula a matéria, o artigo 1.850 menciona, dentre os beneficiados pela sucessão legítima, apenas os colaterais como passíveis de serem privados da sucessão pelo fato de o testador dispor de todo o seu patrimônio sem os contemplar. Nada no Código Civil indica que possa o companheiro ser afastado da sucessão pela manifestação de última vontade do falecido, não havendo nenhuma previsão legal nesse sentido.

Na análise do artigo 1.845 do diploma civil em vigor, revelou-se que esse dispositivo não pode ser encarado como contendo uma enumeração exaustiva dos herdeiros necessários. Afinal, de nada adiantaria pretender considerar taxativamente as pessoas beneficiadas com essa prerrogativa, se outras também compartilharão dos mesmíssimos direitos.

O referido artigo parece conter uma premissa, mas acaba encerrando uma conclusão. Tal conclusão, todavia, é equivocada. Para a correta interpretação dos dispositivos que tratam da sucessão legitimária, deve-se, primeiramente, identificar o que significa ser herdeiro necessário. Em seguida, é preciso investigar quem se encaixa nesse conceito. Por fim, pode-se chegar à elaboração do rol de pessoas que integram essa categoria sucessória.

O legislador do Código Civil de 2002, todavia, chegou à conclusão antes de passar pela verificação das premissas. Mas não parece tê-lo feito intencionalmente, com a pretensão inequívoca de permitir o afastamento sucessório de quem vive em união estável. Assim fosse, teria incluído expressamente o companheiro junto com os colaterais no artigo 1.850, que prevê quem pode ser removido da sucessão por testamento.

Seja qual for a intenção do legislador, contudo, a lei adquire vida própria, uma vez em vigor, passando a regular as situações concretas da vida da população. Nos casos em que o falecido deixou descendentes, o companheiro concorre com eles à sucessão, subtraindo-lhes parte da legítima, quer o Poder Legislativo tenha intencionado isso, quer não. É o que prevê a lei, sem comportar exceções, ao determinar que o companheiro “participará” da sucessão, tendo direito a “uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho” (CC, art. 1.790, *caput* e inciso I).

A qualidade de herdeiro necessário confere, ao sucessor, o privilégio de ser agraciado com uma quota mínima do patrimônio do falecido, chamada de legítima. Em sendo assim, são herdeiros necessários todos aqueles a quem o legislador destinou essa reserva. Percebe-se que o Código Civil, ao incluir tanto o cônjuge quanto o companheiro na primeira e na segunda classe da ordem de vocação hereditária (CC/02, arts. 1.829, I e II, e 1.790, I a III), em concorrência com os descendentes e ascendentes do falecido, automaticamente destinou-lhes uma porção da legítima, tornando-os, por conseguinte, herdeiros necessários.

Com relação ao cônjuge, o legislador não se esqueceu de introduzi-lo no artigo 1.845, ao alistar quem seriam os herdeiros necessários. Isso certamente se deve ao fato de que, ao redigir esse dispositivo, o cônjuge já estava incluído na ordem de vocação hereditária ao lado dos descendentes e ascendentes (Projeto de Lei n.º 634, de 1975, art. 1.876, incisos I e II).

O companheiro, porém, não aparecia originalmente como sucessor legítimo. Aliás, mesmo durante a tramitação na Câmara dos Deputados, em 1984, a união estável ainda não havia sido incluída, pois não era considerada entidade familiar. Era natural — e mais do que isso, era inevitável — que o companheiro deixasse de ser mencionado no artigo 1.872 do Projeto de Lei n.º 118, de 1984 (posteriormente renumerado como art. 1.845 do Código Civil).

Somente com a Emenda n.º 358, apresentada em 1984 pelo Senador Nelson Carneiro, mas aprovada pelo Senado apenas em 1997, com modificações, foi acrescentado no Capítulo I do Título I do Livro V, após o artigo 1.813 do Projeto (art. 1.789 do Código Civil de 2002), o artigo que trataria da sucessão na união estável. Constatase, portanto, que o dispositivo tendente a regular o direito sucessório do companheiro só se incorporou realmente ao Projeto do Código Civil no ano de 1997.

Para adaptar o texto dos demais artigos do Projeto à Constituição Federal de 1988, sugeriu-se a inclusão da expressão “ou companheiro” após a referência feita originalmente apenas ao cônjuge, em vários dispositivos.

Não obstante, até a aprovação final das emendas do Senado pela Câmara dos Deputados, em 2001, e posterior finalização do texto, com a sanção presidencial, em 2002, muitos dos dispositivos do Livro V – Do Direito das Sucessões, que deveriam ter sido alterados, acabaram não merecendo a devida atenção e atualização. Dentre esses, certamente encontra-se o artigo 1.845, que merecia ter sido adaptado à inclusão do companheiro como herdeiro concorrente com os descendentes e ascendentes do falecido.

Embora isso não tenha ocorrido, é no mínimo curiosa a constatação de que o dispositivo que trata da sucessão do companheiro tenha sido incluído no Código Civil logo após o artigo 1.789, o qual estabelece que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Mais significativo, porém, é o fato de que o *caput* do artigo 1.790 determina que o companheiro “participará” da sucessão. Trata-se de norma cogente, imperativa, que não pode ser derogada pela vontade do *de cuius*. E se o falecido não pode afastar o companheiro dessa parte da herança que lhe é destinada pela lei, isso só pode ocorrer por ser ele considerado herdeiro necessário.

Entretanto, a conclusão derradeira de sua qualidade sucessória decorre dos incisos I e II do artigo 1.790, onde o companheiro recebe quota específica e concorre com herdeiros necessários, e, portanto, retira-lhes parte da legítima. Isso só pode ocorrer caso ele próprio seja também considerado herdeiro necessário. Tal conclusão apresenta-se como o clímax desta tese, segundo a qual os companheiros foram considerados pelo Código Civil como herdeiros necessários, visto que têm direito à legítima.

É verdade que o inciso III do artigo 1.790 menciona a concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis. Mas dentro da sistemática adotada, tais parentes só poderão ser da classe dos ascendentes, ou seja, pai, mãe, avós paternos, avós maternos, etc.

Indubitavelmente, o mesmo artigo que confere ao companheiro parte da legítima não pode colocá-lo atrás daqueles que não possuem o mesmo direito. Ainda que o dispositivo não seja claro, inexiste outra interpretação possível, pelo menos uma que seja válida.

Qualquer modo diverso de se interpretar o inciso III violaria a Constituição Federal, que considera o companheiro como parte da família do *de cujus*, enquanto os colaterais não são assim considerados, sobretudo aqueles colaterais de grau distante, como primos, tios-avós e sobrinhos-netos, que pouco ou nenhum contato normalmente têm com aquele que constitui um novo núcleo familiar, quer isto se dê pelo casamento, quer pela união estável.

A celeuma referente ao inciso IV do artigo 1.790 também não pode ser invocada para se considerar o companheiro como herdeiro facultativo, diante de uma interpretação em consonância com a Constituição Federal. O equívoco da inserção da regra como inciso e não como parágrafo não pode afrontar a vontade presumida do *de cujus*. Seria ingênuo e imoral pressupor que o falecido preferiria deixar todos os seus bens particulares ao Estado, ao invés de transmiti-los à pessoa com quem compartilhava sua existência.

Não há de se cogitar que, nesse caso, a vontade do falecido poderia ser a de que o companheiro nada recebesse do patrimônio para cuja aquisição não colaborou. Embora essa pareça ser a regra comumente aplicável, de acordo com o *caput* do artigo 1.790, não é o que ocorre diante da ausência de parentes sucessíveis.

Obviamente, a sucessão legítima tem a finalidade de proteger as pessoas mais próximas do falecido, exatamente aquelas que ele beneficiaria caso fosse obrigado a fazer um testamento. A propósito, um dos motivos da pouca utilização dos testamentos no Brasil reside no fato de que o rol de pessoas contempladas pela lei vai ao encontro do desejo natural do ser humano de não desamparar os familiares e parentes mais próximos.

Sendo assim, ao inciso IV deve ser dada uma interpretação que se coadune com a inteireza do diploma civil, visto que só na ausência de companheiro é que a sucessão pode

ser declarada vacante (CC/02, art. 1.844).

O argumento de que a entrega dos bens ao companheiro constituiria um enriquecimento indevido e afrontaria a vontade do falecido não pode prosperar. Basta lembrar que, na sucessão daqueles casados pelo regime da separação de bens, o cônjuge supérstite herda a totalidade do patrimônio na ausência de descendentes e ascendentes. Ainda que a regra, nesse regime, fosse de que o cônjuge não deveria concorrer com os descendentes, há situações diversas. Trata-se de exceção que foge à regra, por uma questão de coerência e proteção às pessoas que compunham o núcleo familiar do falecido.

Embora a união estável seja uma entidade familiar, protegida constitucionalmente, isso não impõe ao legislador o dever de tratá-la de modo idêntico ao casamento. Se são modos de constituição familiar distintos, é preciso regulamentar cada um deles, tendo-se em mente suas diferenças inerentes, notadamente no campo patrimonial. Sendo assim, não visualizamos nenhuma inconstitucionalidade no tratamento diferenciado, em si, desde que, é claro, os membros de cada espécie de família sejam protegidos.

Não obstante essas considerações, independentemente do entendimento que se adote, quanto à equiparação das diversas entidades familiares, o companheiro continuaria sendo herdeiro necessário dentro da atual legislação, quer por se lhe aplicarem os dispositivos que regulam a sucessão do cônjuge, quer por meio do tratamento próprio do direito sucessório na união estável.

Infelizmente, o Código Civil de 2002 contém inúmeros exemplos de falta de técnica legislativa — o que resultou num texto nem sempre claro e livre de dúvidas —, mas nem por isso há que se desprezar seus dispositivos, muito menos admitir a eles uma interpretação em desarmonia com o sistema normativo e em violação à Constituição da República Federativa do Brasil, em detrimento daquele com quem o companheiro formava uma família.

Enquanto não se modificar a redação do Código Civil, adequando-a à interpretação que melhor represente a realidade constitucional, os dispositivos deverão ser aplicados a cada caso concreto, de modo a servirem como úteis instrumentos de tutela da família e de conciliação dos interesses dos herdeiros concorrentes, por meio de uma hermenêutica que viabilize a efetiva proteção que a Constituição da República Federativa do Brasil intencionou garantir à união estável.

Somente por meio do reconhecimento de que o companheiro é herdeiro necessário do falecido, em concorrência com os demais reservatários, se atingirá uma adequada proteção patrimonial, coerente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar que devem reger a matéria.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. **Sucessões**: legítima – testamentária – inventários e partilhas. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões (artigos 1.784 a 1.856). Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; ALMEIDA, José Pedro Makowski de Oliveira Gavião de. A Concorrência entre cônjuge e companheiro na sucessão legítima. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.) **Direito de família e das sucessões**: temas atuais. São Paulo: Método, 2009. p. 501-520.

ALMEIDA, José Luiz Gavião; LIGIERA; Wilson Ricardo. A Dignidade do cônjuge supérstite e as polêmicas em torno da sucessão. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**. São Paulo: Almedina, 2012. p. 529-542.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Herdeiros necessários. In: GHIARONI, Regina (Coord.). **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 122-135.

AMORIM, Sebastião Luiz. A Ordem de vocação hereditária pelo Código Civil de 2002. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e sucessões**: reflexões atuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 381-395.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e partilhas**: direito das sucessões – teoria e prática. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009.

ANTONINI, Mauro. Arts. 1.784 a 2.027 – sucessões. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. O “Casamento de pessoas do mesmo sexo” em Portugal. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**. São Paulo: Almedina, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. **Código Civil comentado**: das pessoas e dos bens (artigos 1.º a 103). Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2007. v. I

BABY, Wilfried. **La Protection du concubin survivant**. Paris: Defrénois, 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil**: família e sucessões. São Paulo: Método, 2004.

BASSET, Ursula C. El Cambio de paradigma de la nueva ley argentina sobre el matrimonio. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e dignidade da família**. São Paulo: Almedina, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BOECKEL, Fabrício Dani de. Os Direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro estável. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (Org.). **Direito sucessório em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 73-98.

BONFANTE, Pietro. **Diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1976.

_____. **Istituzioni di diritto romano**. 10. ed. Torino: Giappichelli, 1946.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AI no REsp 1135354/PB**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 02/06/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1064996&sReg=200901600515&sData=20110602&formato=HTML>. Acesso em: 1.º jul. 2011.

_____. Excesso em doações que possa prejudicar herdeiros deve ser avaliado no momento do ato. **Sala de notícias**, 17 dez. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108099&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=#>. Acesso em: 18 dez. 2012.

_____. Partilha de bens na dissolução de união estável após a Lei 9.278 dispensa prova de esforço comum. **Sala de notícias**, 16 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107330>. Acesso em: 16 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ afirma que leis já garantem *status* de união estável para relações homoafetivas. **Sala de notícias**, 11 maio 2011. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101785&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=união homoafetiva](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101785&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=união+homoafetiva)>. Acesso em: 18 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sexto voto favorável à união homoafetiva é do ministro Gilmar Mendes. **Notícias**, 5 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178918>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de derecho civil**. 4. ed. Barcelona: Bosch, 1991. t. V; v. 3

BUCELLI, Andrea. **I Legittimari**. Milano: Giuffrè, 2002. (Serie Il Diritto Privato oggi)

CAHALI, Francisco José. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALVO, Roberto. **La Successione del coniuge**: garanzie individuali e nuovi scenari familiar. Milano: Ipsoa, 2010.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPRIGLIA, Salvatore Aceto Di. **Nuove frontiere della successione necessaria**. Milano: Giappichelli, 2008.

CARRARO, Luigi. **La Vocazione legittima alla successione**. Padova: CEDAM, 1979.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de Carvalho. Arts. 1.511 a 1.783 – família. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **A Evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro**: da necessidade de alteração do código civil. 2005. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Rubens Limongi França, v. 1)

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das sucessões. Inventário e partilha:** teoria, jurisprudência e esquemas práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito civil:** questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTANHO, William. Norma do TJ obriga cartórios de SP a celebrar casamento gay. **O Estado de S.Paulo**, Política, São Paulo, 18 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,norma-do-tj-obriga-cartorios-de-sp-a-celebrar-casamento-gay-,975356,0.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito civil:** lições. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das sucessões.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União estável:** a inconstitucionalidade de sua regulamentação. São Paulo: Saraiva: 2003.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornada de Direito Civil, I. 12 e 13 de setembro de 2002, Brasília – DF. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 1.º jan. 2013.

_____. Jornada de Direito Civil, III. 1º a 3 de dezembro de 2004, Brasília – DF. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. Jornada de Direito Civil, V. 8, 9 e 10 de novembro de 2011. Brasília, 2011.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

CHAVES, João Queiroga. **Casamento, divórcio e união de facto.** Lisboa: Quid Juris, 2009.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil.** Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18

CINQUE, Maddalena. Sulle sorti della successione necessaria. **Rivista di diritto civile.** Anno LVII, n.º 5, p. 493-530, Padova: Cedam, sett.-ott. 2011.

CÓDIGO civil grego. Disponível em: <<http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikes/>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COPPOLA, Cristina. La Successione del convivente *more uxorio*. In: BONILINI, Giovanni. **Il Diritto delle successioni**: successione e diritti del coniuge superstite e del convivente *more uxorio*. Torino: Utet, 2004, p. 379-426.

CORTE especial julga, em agosto, incidente de inconstitucionalidade sobre regime sucessório em união estável. 11 julho 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102519&tmp.area_anterior=44&tmp>. Acesso em: 10 jul. 2011.

COSTALUNGA, Karime. **Direito de herança e separação de bens**: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. O Art. 1.829 do Código Civil e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas**: novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 3), p. 397-416.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 535-613.

DELGADO, Mário Luiz. A União estável e os direitos sucessórios do convivente sobrevivente. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8, p. 265-286.

_____. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas**: novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 3), p. 417-446.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**: derecho de familia, derecho de sucesiones. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Comentário ao art. 2.039. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). **Código civil comentado**. Coordenação até a 5. ed. de Ricardo Fiuza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6

_____. _____. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3

_____. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4

_____. O Companheiro como sucessor regular. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8, p. 287-302.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil**: sucessões. São Paulo: Nelpa, 2004.

ESCOLAR, Pérez Escolar. **El Cónyuge supérstite en la sucesión intestada**. Madrid: Dykinson, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FALCIONE, Giovanni. **Successioni e donazioni**. 3 ed. Napoli: Simone, 2008.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de direito das sucessões**. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2008.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, Ricardo. **Parecer final às emendas do Senado Federal, feitas ao Projeto de Lei n.º 118, de 1984, que institui o Código Civil**. Brasília, 2 maio 2000.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência sucessória na união estável**. Curitiba: Juruá, 2009.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. Sucessão concorrencial pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o novo Código Civil. **Advocacia Fujita**. Disponível em: <http://www.fujitaadvocacia.com.br/artigo_fujita_002.html>. Acesso em: 4 jan. 2013.

_____. Comentário ao art. 1.829. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O Contrato de doação**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI

GALLARDO, Aurelio Barrio. **El Largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos**. Madrid: Dykinson, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Alexandre Gir. A Desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade. **Revista de direito privado**. Coordenação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, p. 9-17, jul./set. 2002.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev. atual. e aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Código Civil: projeto Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3

_____. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7

_____. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6

_____. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6

GOZZO, Débora. Direito fundamental de herança e liberdade de testar. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Direito e dignidade da família**: do começo ao fim da vida. São Paulo: Almedina, 2012. p. 511-528.

GOZZO, Débora. Discriminação do companheiro frente ao cônjuge: uma análise do art. 1.790 do Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8, p. 25-44.

_____. Nova ordem da vocação hereditária. In: GOZZO, Débora; ALVES, José Carlos Moreira; REALE, Miguel (Coord.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 73-98.

_____. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Comentários ao código civil brasileiro**. Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 16

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da Ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/191-artigos-ago-2008/5850-da-ordem-de-vocacao-hereditaria-nos-direitos-brasileiro-e-italiano->>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2. ed. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20

_____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade**: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 55-64.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório e Constituição: controvérsias e tendências. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Org.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 453-562.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Org.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009.

JÚDICE, Lucas Pimenta. **O Retrocesso da igualdade entre cônjuges e companheiros**. Florianópolis: Conceito, 2009.

JUIZ de São Paulo autoriza que dois homens se tornem oficialmente casados. **AASP**. Notícias do dia, 28 jun. 2011. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=10137>. Acesso em: 15 jul. 2011.

JUÍZA converte em casamento união estável entre duas mulheres. **Magister**. Notícias, 14 jul. 2011. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=53224&utm_source=PmwebCRM-AGECOMUNICACAO & utm _ mediu](http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=53224&utm_source=PmwebCRM-AGECOMUNICACAO&utm_medium=)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões** (arts. 1.784 a 2.027). Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI

_____. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões** (arts. 1.784 a 2.027). 5. ed. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XXI

LEITE, Glauber Salomão. **Sucessão do cônjuge sobrevivente: concorrência com parentes do falecido**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIGIERA, Wilson Ricardo. O Fim do casamento. **Professor Ligiera**, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/divorcio_50.html>. Acesso em: 18 jan. 2013.

_____. **Direito civil explicado por meio de casos práticos: sucessões**. São Paulo: Nelpa, 2009.

LIGIERA, Wilson Ricardo; PICHILIANI, Mauricio Carlos. **As Principais novidades nas locações dos imóveis urbanos**. São Paulo: Nelpa, 2010.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código Civil anotado: artigos 2024.º a 2334.º**. Coimbra: Coimbra, 1998. v. VI

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil: parte especial – das várias espécies de contratos – da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação (artigos 481 a 564)**. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 1.196 a 1.510. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

MADALENO, Rolf. O Novo direito sucessório brasileiro. **Direito de família e sucessões**. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=39>. Acesso em: 20 jul. 2011.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **O Regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MALLORQUÍN, Susana Espada. **Los Derechos sucesorios de las parejas de hecho**. Pamplona: Thomson Civitas, 2007.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. A Sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e sucessões: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 371-380.

_____. **Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o estatuto da cidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARRERO, Carolina Mesa. **Las Uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos**. 3. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Código Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MATOS, Tereza. **Novo direito das sucessões: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

MAURY, Jean. **Successions et libéralités**. 7. ed. Paris: Litec, 2009.

MAX NETO, Edgard Audomar. Sucessão do companheiro. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 319-342.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1

_____. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MELO, Adriana Zawada. A Dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15-37.

MINUSSI, Daniele. **Le Successione**. Napoli: Simone, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2

_____. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6

_____. _____. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6

_____. **Curso de direito civil: direito de família**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6

MONTERREAL, Ana Alemán. Algunas consideraciones sobre los derechos sucesorios de la concubina en derecho romano justinianeo. A propósito de los derechos sucesorios del conviviente supérstite de una pareja de hecho. **Stydia Iuridica 88: Colloquia 16**. O direito das sucessões: do direito romano ao direito actual, Coimbra: Coimbra, 2006. p. 521-536. (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

MORATO, Francisco. Da Colação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 1, n.º 3, p. 215-222, jul./set. 2000.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 6

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 6

_____. **Curso de direito civil: direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Função promocional do testamento: tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **A Tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NICOLAU, Gustavo Rene. Sucessão legítima, desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009. p. 521-534.

_____. **União estável e casamento: diferenças práticas**. São Paulo: Atlas, 2011.

NICUESA, Aura Esther Vilalta. **Parejas de hecho: uniones estables de pareja**. Barcelona: Bosch, 2006.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Elementos de direito das sucessões: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typog. do Jornal do Commercio, 1929.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Os 7 pecados capitais do novo direito sucessório. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 9, n.º 1, p. 33-55, jan./jun. 2009.

_____. **União estável: do concubinato ao casamento**. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código Civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ORDENAÇÕES Filipinas on-line. **Universidade de Coimbra**. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/14p834.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2011.

ORDENAÇÕES Filipinas, Livro 4 Tit. 94: como o marido e mulher sucedem um a outro. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/14p948.htm>>. Acesso em: 23 dez. 2012.

PAESANI, Liliana Minardi. Da Doação – da revogação da doação: arts. 555 a 564. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al. (Coord.). **Comentários ao código civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **O Cônjuge e o convivente no direito das sucessões**: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

PARECER final n.º 749, de 1997. Relator Senador Josaphat Marinho. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF. v. LII, 15 nov. 1997.

PAZINI, Claudio Ferreira. **Alimentos e sucessão na união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. A Família na Constituição do Brasil – missão, limites e responsabilidades – comentário ao art. 226 da Constituição de 1988. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Direito e dignidade da família**: do começo ao fim da vida. São Paulo: Almedina, 2012.

_____. Comentários ao art. 226. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6

_____. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 17. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. VI

_____. _____. 19. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. VI

_____. **Instituições de direito civil**: direito de família. 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo código civil**: da união estável, da tutela e da curatela (arts. 1.723 a 1.783). Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX

_____. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. **Efeitos patrimoniais do concubinato**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PIERI, Sueli Aparecida de. **O Cônjuge como herdeiro necessário e concorrente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

PITÃO, José António de França. **A Posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. **Unões de facto e economia comum**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. 8

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. VIII

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial – direito de personalidade – direito de família: família matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas, SP: Bookseller, 2000. t. VII

REALE, Miguel. As Entidades familiares. In: _____. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Cap. 13, p. 71-74.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O Cônjuge no novo Código Civil. In: _____. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Cap. 11, p. 61-64.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das sucessões. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. _____. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7

_____. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6

ROSENVALD, Nelson. Contratos (em espécie): arts. 481 a 652. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

RÖTHEL, Anne. **El Derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán**. Traducción de Antoni Vaquer Aoy. Barcelona: Bosh, 2008.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. 32v.; v. XXIV

SCAFF, Fernando Campos; DUARTE, Anna Luiza. Considerações acerca da inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, em concorrência com descendentes e ascendentes do autor da herança. **Revista IOB de Direito de Família**, v. 51, p. 145-154, 2009.

SEM legislação, casamento homossexual depende do juiz. **AASP**. Notícias do dia, 29 jun. 2011. Disponível em:
<http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=10147>. Acesso em: 15 jul. 2011.

SILVA, João Gomes da. **Herança e sucessão por morte**: a sujeição do patrimônio do *de cuius* a um regime unitário no livro V do Código Civil. Lisboa: Universidade Católica, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). **Código civil comentado**. Coordenação até a 5. ed. de Ricardo Fiuza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentário ao art. 1.639. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). **Código civil comentado**. Coordenação até a 5. ed. de Ricardo Fiuza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Regime da separação de bens convencional e obrigatória. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas**: novo Código Civil. São Paulo: Método, 2004. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 2), p. 331-355.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; BRITO, Laura Souza Lima e. Sucessão do cônjuge e regime da separação de bens. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 343-367.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Lições de direito das sucessões**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. I

SOUZA, Osni de. Comentário ao art. 1.829. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Código Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao novo código civil**: das várias espécies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação, da locação de coisas (arts. 533 a 578). Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VIII

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 6

_____. **Direito civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 5

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 1973.

_____. **Sucessão legítima e sucessão legitimária**. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. **Sucessões**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Contratualização da família. **Revista do advogado – AASP**, São Paulo, v. XXXII, n.º 116, p. 60-69, jul. 2012.

TUSA, Gabriele. Sucessão do companheiro: concorrência com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões**: temas atuais. São Paulo: Método, 2009. p. 477-500.

UREÑA, Antonio Alberto Pérez. **Normativa sobre las uniones de hecho**: cuestiones candentes. Madrid: Edisofer, 2002.

UREÑA, Antonio Alberto Pérez. **Uniones de hecho**: estudio práctico de sus efectos civiles. 2. ed. Madrid: Edisofer, 2007.

VARELA, Antunes. **Direito da família**. 5. ed. Lisboa: Petrony, 1999.

VELOSO, Zeno. Arts. 1.784 a 2.027. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código Civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código Civil comentado**: direito de família (artigos 1.694 a 1.783). Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII

_____. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das sucessões (arts. 1.857 a 2.027). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21

_____. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Do Direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 277-294.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. São Paulo: Atlas, 2011. v. V

_____. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito civil**: contratos em espécie. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3

_____. **Direito civil**: direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 7

_____. **Direito civil**: direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 7

_____. **Direito civil**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Superior Tribunal de Justiça**: doutrina. Edição comemorativa, 20 anos. Brasília, p. 561-581, 2009.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6

_____. **O Novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.