

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO  
MARCOS ANTONIO PEREIRA FEITOZA

**A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL:  
CONCORRÊNCIA ENTRE CONVIVENTE SOBREVIVENTE E  
SUCESSORES DA LEGÍTIMA**

NATAL/RN

2017

MARCOS ANTONIO PEREIRA FEITOZA

**A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL:  
CONCORRÊNCIA ENTRE CONVIVENTE SOBREVIVENTE E  
SUCESSORES DA LEGÍTIMA**

Artigo apresentado como requisito de aprovação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob a orientação do Professor Me. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

NATAL/RN

2017

MARCOS ANTONIO PEREIRA FEITOZA

**A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL:  
CONCORRÊNCIA ENTRE CONVIVENTE SOBREVIVENTE E  
SUCESSORES DA LEGÍTIMA**

Artigo apresentado como requisito de aprovação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob a orientação do Professor Me. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Me. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

---

Dr. Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

---

Ma. Aurélia Carla Queiroga da Silva

# A SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL: CONCORRÊNCIA ENTRE CONVIVENTE SOBREVIVENTE E SUCESSORES DA LEGÍTIMA

Marcos Antonio Pereira Feitoza\*

## Resumo

No tocante a vocação hereditária, de forma taxativa, o artigo 1.829 do Código Civil não incluiu em seu rol o companheiro, diferentemente do cônjuge que foi alçado à categoria de herdeiro necessário. Está em consonância com este o artigo 1790 do referido diploma, visto pontuar não ter direito o companheiro sobrevivente aos bens recebidos pelo convivente falecido por meio de sucessão e doação. Cometeu tal dispositivo inconstitucionalidade ao tratar de maneira desigual entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável, ferindo o princípio da isonomia, pois não atende o que prescreve o artigo 226 da Constituição Federal, ou seja, não dá especial proteção à família fundada no companheirismo. Além disso, suprime direitos ditados anteriormente favoráveis aos companheiros, tais como os prescritos nas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Assim sendo, será analisada a inserção da união estável como entidade familiar no Direito das Sucessões, objetivando compreender antinomias, lacunas e divergências doutrinárias sobre a sucessão do companheiro vivo frente aos sucessores da legítima no Novo Código Civil, que respaldaram a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790, prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, recorreu-se metodologicamente a pesquisas bibliográficas, documentais, de forma exploratória-descritiva, compondo-se de julgados jurisprudenciais e acórdãos dos tribunais.

## Pavras-chave:

Código Civil, companheiro, concorrência sucessória, cônjuge, Constituição Federal, união estável.

## Abstract

With regard to hereditary vocation, in a restrictive way, article 1,829 of the Civil Code did not include in its role the companion, unlike the spouse who was raised to the category of necessary heir. This article is in line with Article 1790 of the aforementioned decree, since it points out that the surviving companion is not entitled to the property received by the deceased cohabitor by means of succession and donation. It has committed this unconstitutionality in treating unequally family entities arising from marriage and stable union, violating the principle of isonomy, since it does not comply with the provisions of Article 226 of the Federal Constitution, ie, do not give special protection to the family founded on fellowship. In addition, it removes previously favored rights from fellow members, such as those prescribed in Laws 8,971 / 94 and 9,278 / 96. Thus, it will be analyzed the insertion of the stable union as a family entity in the Law of Succession, aiming to understand doctrinal antinomies, gaps and divergences on the succession of the living companion to the successors of the legitimate in the new Civil Code, who supported the declaration of unconstitutionality of the article 1,790, issued by the Federal Supreme Court. To do so, methodologically resorted to bibliographical research, documentary, exploratory-descriptive, composed of judgments jurisprudential and judgments of the courts.

## Key words

Civil Code, companion, succession competition, spouse, Federal Constitution, stable union.

---

\* Acadêmico de Direito da Universidade Regional do Rio Grande do Norte – UERN. Graduado em Letras, Especialista em Linguística Geral Aplicada ao Ensino de Língua Portuguesa. Professor de Ensino Fundamental e Médio da rede pública de ensino do Rio Grande do Norte.

**SUMÁRIO:**

**1 – INTRODUÇÃO; 2 – DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO**, 2.1 A união estável na antiguidade, 2.2 Direito da era cristã ante o concubinato; **3 – REGÊNCIA LEGAL DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO**, 3.1 A união estável nos primórdios do Ordenamento Jurídico, 3.2 Dispositivos posteriores ao Código Civil de 1916, 3.3 A Constituição Federal de 1988: união estável como entidade familiar, 3.4 O Novo Código Civil e o tratamento dado à união estável, 3.4.1 Definição e distinção da união estável ante o casamento, 3.4.2 Direitos patrimoniais na união estável; **4 – O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL**, 4.1 Princípios constitucionais do direito sucessório, 4.2 A Sucessão do cônjuge e do companheiro; 4.3 Inconstitucionalidade da distinção entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios, 4.3.1 Recurso Extraordinário nº 878.694/MG e a Tese de Repercussão geral, 4.3.2 Análise de efeitos jurídicos sob a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790; **5 – CONCLUSÃO, 6 – REFERÊNCIAS.**

**1 INTRODUÇÃO**

A princípio será tratado neste artigo da formação e caracterização da união estável, discorrendo sobre a origem deste modelo de entidade familiar. É por demais relevante a realização de um estudo sobre o seu desenvolvimento progressivo na história para compreendermos sua formação conjectural e a sua inserção no Ordenamento Jurídico vigente.

Dessa forma, será dado destaque a adoção dessa entidade familiar pela tutela judicial nos mais diversos Ordenamentos Jurídicos até a sua inserção na Constituição Federal Brasileira de 1988. Mais precisamente, trataremos do artigo 226, como direito fundamental, que dita a proteção do Estado à família, caracterizando-a como base da sociedade. Nessa perspectiva, o Ordenamento Jurídico brasileiro vem se moldando e adequando-se ante a conjuntura familiar, dada as transformações ocorridas nesta entidade ao longo da nossa História.

Objetivando melhor compreender a concepção de família ou relação familiar é que se analisa as suas várias definições de acordo com as mais diversas sociedades e culturas no mundo atual. Junte-se a isso outros fatores determinantes tais como os níveis socioeconômicos. No tocante à realidade brasileira, a princípio, a base familiar conjecturou-se sob a influência da cultura greco-romana, cristã e ocidental. Logo, o Estado tratou de regulamentar o matrimônio, legislando e definindo a entidade familiar, como também o concubinato e as uniões livres, respaldando-se em tais primícias.

Após a abordagem dos elementos caracterizadores da união estável, são pontuadas várias premissas determinantes para a constituição familiar. Dentre elas, as razões econômicas. A sociedade de baixa renda, por não dispor de recursos para os cerimoniais e festas, culturalmente, arraigados em nosso meio social, tem acatado com bastante frequência a modalidade familiar de união livre, a qual não foi instituída pelo Ordenamento Jurídico. Vale salientar que por dificuldades de acesso à justiça, muitos têm optado por separação de fato e

partido para concubinato ou união estável. Hodiernamente, muitas pessoas começam com um simples namoro, se unem e formam famílias preferindo as uniões informais. Há também os que se casam, separam-se de fato e partem para outra união informal.

Em seguida, trataremos da constituição de família, patrimônios, bens de direito pelos conviventes da união estável. Na maioria das vezes, as consequências jurídicas desses atos só irão ser manifestadas quando um dos conviventes vem a óbito, visto que nosso Ordenamento Jurídico, especialmente o Direito de Família e Direito das Sucessões, não é unânime, apresentando conflitos jurisprudenciais, chegando até a apresentar lacuna e antinomia de normas em alguns casos.

É justamente nessa seara em que vai ser aprofundado este trabalho. Será exposta a problemática das divergências interpretativas de juristas e doutrinadores como também situações bastante reais em que a legislação é omissa como, por exemplo, a concorrência sucessória do companheiro sobrevivente que constitui família com filhos híbridos, isto é, filhos apenas do de cujus mais filhos da união estável. Além de não haver norma disciplinando esse ato também não há consenso entre os operadores do Direito de como será feita a partilha do espólio nesses casos.

Para tanto, parte-se de uma análise histórica de como era disciplinada no Ordenamento Jurídico a relação familiar, qual seja, o matrimônio, concubinato e união estável livre. Em seguida, será exposta a interpretação feita por juristas e pelo judiciário, por meio de citações doutrinárias e jurisprudenciais, da legislação atual, no tocante ao Direito sucessório nessas diferentes modalidades conjugal. Nesse ínterim, também será abordado o Direito Comparado, tendo como finalidade a demonstração das vantagens e desvantagens do convivente sobrevivente nacional em relação à mesma situação vivida por pessoas de outras nacionalidades.

Por último, ante as modificações impetradas no novo Código Civil, inerentes ao cônjuge ou companheiro, discorre-se sobre a tormentosa questão da equiparação da união estável ao casamento no que se refere à sucessão, visto que no Direito de Família esses regimes são equiparados, uma vez que o regime de casamento parcial de bens é imputado ao regime de união estável. Embora a Constituição de 1988 não tenha equiparado a união estável ao casamento, tratar de forma inferior o companheiro na sucessão, para parte da doutrina é um atentado ao princípio da isonomia.

Nesse sentido, será analisado o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal que se pronunciou, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Novo Código Civil de 2002, no qual vinha sendo descaracterizado o companheiro sobrevivente da condição de

herdeiro necessário, o que não ocorre com o cônjuge. Acerca dessa decisão, será apresentada a análise de dois recursos sobre o mesmo tema, ambos com repercussão geral reconhecida: RE 646.721 e RE 878.694. Neles, foi firmada a mesma tese, de autoria do ministro Luís Roberto Barroso, de que é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuge e companheiros, recomendando dessa forma a aplicação em ambos os casos o que determina o artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

## 2 DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO

### 2.1 A união estável na antiguidade

Embora se apresente com notória relevância na conjuntura social da sociedade brasileira, a união estável não foi concebida nos tempos modernos. Intitulando-se de diversas formas, tais como concubinato, união livre entre outros, a união estável já existia em meio aos povos da antiguidade, nas diversas culturas dos primórdios da humanidade. Esse fenômeno é manifestado em diversos registros escritos notórios do mundo antigo.

Um dos povos seculares, hoje nação israelita, que traz indícios desse tipo de relacionamento familiar é o povo hebraico. Conta a tradição judaica que obtendo Abrão a promessa divina de que teria uma grande descendência, embora fosse sua esposa Sarai estéril, esta de comum acordo lhe cedeu uma escrava para que o mesmo procriasse. Em tempos posteriores, também relata a bíblia que Salomão, além de setecentas esposas, teve trezentas concubinas. Em outros povos da antiguidade houve essa forma de união livre. Segundo Kümpel,<sup>1</sup> “para os medos e persas, tanto a poligamia quanto a união estável eram permitidas, conforme dispõe o livro *Avesta*, livro sagrado escrito por Zoroastro.” Acrescenta o autor que na Babilônia:

O adultério da mulher só era permitido quando o homem saía em guerra e a deixava desamparada, podendo ela coabitar com outro homem objetivando sua manutenção e a de sua prole. Caso o homem voltasse da guerra, podia reivindicar sua mulher, como fazia com qualquer de seus bens.

Na Grécia Antiga, berço cultural da sociedade moderna, conviviam-se com esse tipo de relacionamento social. Pontua o doutrinador Edgar de Moura Bittencourt apud Elisa Nunes<sup>2</sup> que “entre os gregos, a concubinação não acarretava qualquer desconsideração e era, em certa

---

<sup>1</sup> KÜMPEL, Vitor Frederico. **O Concubinato sob uma perspectiva histórica (Antigüidade)**. In: Migalhas, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI45925,91041-O+Concubinato+sob+uma+perspectiva+historica+Antiguidade>>. Acesso em 03 jul 2017.

<sup>2</sup> SILVA, Elisa Maria Nunes da. **Reconhecimento da união estável como entidade familiar e seus efeitos no âmbito sucessório**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8878](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8878)>. Acesso em 03 jul 2017.

medida, reconhecida pelas leis”. No tocante a Roma Clássica, diz Mayer Feitosa<sup>3</sup> que “no direito romano era uma forma de união inferior ao casamento. Patrícios e plebeus, impedidos de se unirem pelo casamento, uniam-se pela união de fato, onde havia a coabitação sem *affectio maritalis*”. Nesse ínterim, surge o direito canônico, o qual traz novos efeitos jurídicos que repercutem nessas diversas uniões.

## 2.2 Direito da era cristã ante o concubinato

Com o surgimento e expansão do Cristianismo o Direito Canônico passa a nortear a todos inseridos na Cultura Cristã. Nas lições de Luiz Felipe Brasil Santos<sup>4</sup>:

a Igreja Católica dos primeiros tempos foi tolerante com o concubinato não-adulterino, tendo o Direito Canônico, inicialmente, até mesmo conferido alguns efeitos limitados, buscando garantir a monogamia e a estabilidade do casal, sem, entretanto, institucionalizar o concubinato.

A princípio tal direito não repudiou as uniões livres existentes na sociedade. Assim discorre José Carlos Moreira Alves apud Freire<sup>5</sup> sobre essa conjuntura:

no direito justiniano as relações extraconjugais com mulher ingênua e de categoria social elevada deixaram de ser crime, porém eram exigidos alguns requisitos para a caracterização do concubinato: a) os concubinos tinham que ter atingido idade conjugal; b) não podiam existir impedimentos matrimoniais relativos ao parentesco e à afinidade; e c) o concubinato tinha que ser monogâmico, ou seja, exigia-se fidelidade. Apesar dessas imposições, naquele direito o concubinato não se transformava em um matrimônio de grau inferior.

Com a hegemonia da Igreja Católica no mundo ocidental, as relações conjugais estiveram sob a tutela dessa instituição. Assim sendo, privilegiou-se o matrimônio confirmado por uma solenidade religiosa, a qual foi elevada à condição de sacramento, tornando esse modelo de união conjugal – o casamento – indissolúvel. Por conseguinte, as demais formas de uniões passaram a ser marginalizadas, sendo repudiadas e consideradas imorais. Como bem coloca Santos<sup>6</sup>: “a condenação final do concubinato surgiu no Concílio de Trento (1563), que tornou obrigatória a celebração formal do casamento, na presença do padre e testemunhas, com registro escrito”.

É cediço que o direito canônico teve forte influência na Idade Média e perdura até a Idade Contemporânea. Entretanto, nesta última, os tribunais franceses, em seus mais diversos

<sup>3</sup> FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Concubinato e união estável**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, nº 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/545>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

<sup>4</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. In DIREITO DE FAMÍLIA, 8 de jun. de 2011. Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

<sup>5</sup> FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência sucessória na união estável**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

<sup>6</sup> Artigo convertido em PDF. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Op., cit., p. 2

julgados, trazem vitórias jurídicas significativas, no tocante ao reconhecimento do Concubinato. Em suas explicações, Elisa Maria Nunes da Silva<sup>7</sup> pontua que:

Uma das conquistas mais importantes na idade contemporânea ocorreu no ano de 1910 com o reconhecimento pela jurisprudência francesa do direito a proteção da concubina, mediante o pagamento de indenização, para que esta não ficasse desamparada quando ocorresse a dissolução da união concubinária.

Diz ainda a autora que a legislação sobre direito concubinário originou-se na legislação francesa, influenciando, dessa forma, até os tribunais brasileiros. Segundo Freire:<sup>8</sup>

A primeira lei francesa a tratar do assunto foi editada em 16.11.1912. Por essa lei, a expressão concubinato passou a integrar pela primeira vez uma lei civil. Reconheceu-se que o concubinato notório era fato gerador para reconhecimento da paternidade ilegítima. A jurisprudência e a legislação da França foram pioneiras ao tratar do concubinato, influenciando diversos países, inclusive o Brasil.

Dessa forma, os efeitos jurídicos do direito positivado tornaram-se mais contundentes na esfera privada da união livre. E o Ordenamento Jurídico Brasileiro, já influenciado pelo código civil napoleônico, absorveu parte das interpretações jurisprudenciais francesas.

### **3 – REGÊNCIA LEGAL DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO**

#### **3.1 A união estável nos primórdios do Ordenamento Jurídico**

Ante a supremacia religiosa da Igreja Católica em Portugal e tendo sido o Brasil, colônia deste, evidentemente haveria uma forte influência do Direito Canônico sobre o Ordenamento Jurídico adotado na pátria brasileira. A respeito dessa influência discorre Elisa Maria Nunes da Silva<sup>9</sup>:

Como país católico, Portugal regia suas colônias e súditos com normas do direito Canônico, as derradeiras foram as Ordenações Filipinas que negavam qualquer direito a concubina salvo o de indenização pelo comércio sexual que na década de 1930 foi substituído pela expressão de serviços prestados inclusive punindo os que praticassem, considerando o casamento religioso a única forma de constituição de família. Esta regra perpetuou-se no Código Civil de 1916 com uma pequena adaptação: não mais o casamento religioso, mais (sic) o casamento civil legitimaria a família.

Vale dizer que antes da publicação do Código Civil de 2016, as leis referentes ao concubinato eram esparsas. Pontua Santos<sup>10</sup> que o Decreto Lei 181, de 24 de janeiro de 1890, formalizou a instituição do casamento civil sob a tutela do Estado, deixando de reconhecer os efeitos jurídicos das demais uniões livres ou por meio de entidade religiosa. No “Brasil

<sup>7</sup> Artigo convertido em PDF. SILVA, Elisa Maria Nunes da. Op., cit., p. 2

<sup>8</sup> FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op., cit., p. 25.

<sup>9</sup> Artigo convertido em PDF. SILVA, Elisa Maria Nunes da. Op., cit., p. 3

<sup>10</sup> Artigo convertido em PDF. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Op., cit., p. 3

anteriormente ao Código Civil, as leis referiam-se ao concubinato para aplicar sanções a atos que dele decorressem, conforme as normas reproduzidas nas Consolidações de Teixeira de Freitas e Carlos de Carvalho”<sup>11</sup>. Acrescenta Gama<sup>12</sup> que, na forma em que foi promulgada em 1891, a Constituição da República continuou prestigiando casamento, sendo este o único a produzir efeitos jurídicos.

Com o advento do Código Civil de 1916, embora não tenha sido estabelecida uma definição sobre a entidade “família”, esse instituto passa a caracterizar de duas formas as uniões de pessoas de diferentes sexos, denominando-as de família legítima e família ilegítima. Esta caracteriza-se pela união estável de pessoas, sejam elas livres ou impedidas de exercer a vida matrimonial; aquela caracteriza-se pelo casamento civil, celebrado de acordo com os ditames legais. Tal afirmação respalda-se no que expõe os artigos, *in verbis*:<sup>13</sup>

Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascido ou concebidos (arts. 352 a 354).

Art. 248. Independente de autorização, pode a mulher casada:  
(...)

IV. Reinvidicar os bens comuns móveis ou imóveis dados, ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).

Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

Art. 1.177. A doação de 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 (arts. 178, § 7º, n. VI, e 248, n. IV).

Segundo Nunes da Silva<sup>14</sup> o Código Civil de 2016 pouco mencionou sobre a família ilegítima. E quando o fez, foi no intuito de proteger direitos da família legítima. Acaba por concluir a autora que “A perseguição à família ilegítima foi inserida na sociedade moderna pela igreja católica, seguindo-a as demais correntes do cristianismo”. Já no entendimento de Mayer Feitosa<sup>15</sup>, esse instituto atendia os interesses da classe burguesa, a qual acabava persuadindo a classe média urbana a seguir seus valores e costumes.

### 3.2 Dispositivos posteriores ao Código Civil de 1916

Sobre dispositivos posteriores que foram alterando o Código Civil de 1916, assim discorre Mayer Feitosa:<sup>16</sup>

Citemos como exemplos que o reconhecimento dos filhos naturais, após o desquite, veio a ser permitido em 1942, com o Decreto-lei n.º 4.737/42; a Lei 883/49 permitiu esse reconhecimento em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal e a Lei 6.515/77, no art. 51, estatui o reconhecimento durante a vigência da sociedade

<sup>11</sup> BITTENCOURT apud FREIRE, 2009, p. 26.

<sup>12</sup> GAMA apud FREIRE, 2009, P. 27.

<sup>13</sup> BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 5 jul. 2017.

<sup>14</sup> Artigo convertido em PDF. SILVA, Elisa Maria Nunes da. Op., cit., p. 3

<sup>15</sup> Artigo convertido em PDF. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Op., cit., p. 1

<sup>16</sup> Ibid., p. 1 - 2

conjugal, desde que em testamento cerrado, além de permitir a ação de alimentos dos filhos ilegítimos, garantindo seu direito à herança, ainda que de forma limitada.

Além desses, foram editados outros dispositivos na legislação, os quais contribuíram para a flexibilização dos efeitos jurídicos danosos à união extraconjugal, considerada ilegítima. Um deles foi o Decreto nº 22.872, de 28 de junho de 1933, referente ao Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos. Através dele, o trabalhador adquiria respaldo para a inclusão da convivente como beneficiária, desde que provada a dependência econômica. Outra inovação incrementada foi o Decreto 24.627, de 10 de julho de 1924, no qual o convivente passou a ser denominado como companheiro, permitindo ao trabalhador a declaração de sua companheira como dependente na Carteira Profissional.

No decorrer do tempo foram surgindo novas leis objetivando a legalização e reconhecimento de direitos para os que constituíssem união estável. Em 1962 foi promulgada a Lei 4.069. Em seu artigo 5º, §§ 2º e 3º, os membros de família ilegítima tinham a possibilidade de adquirir certos benefícios: O filho ilegítimo poderia ser inserido como dependente do servidor civil, militar ou autárquico para efeitos do pagamento de pensão deixada por tais servidores. Também a concubina poderia ser incluída como beneficiária de pensão desses servidores, desde que estes fossem solteiros, desquitados ou viúvos e não se constasse a existência de filhos capazes de serem beneficiados. Já o Decreto nº 73.617 de 1974, autorizava a inserção da companheira como dependente do trabalhador rural.

Vale salientar que também houve uma relevante contribuição por parte da jurisprudência. Nas palavras de Santos<sup>17</sup>, foi ela que aperfeiçoou o conceito atual de união estável.

Primeiro, estabeleceu-se a distinção entre concubina e companheira, para fins de excluir esta última das regras proibitivas dos arts. 1.177, 1.424 e 1.719, III, do Código Civil de 1916. Assim, concubina passou a ser considerada exclusivamente aquela mulher que se relacionava com homem casado, na constância do matrimônio, ao passo que companheira era a que mantinha relacionamento com homem desimpedido ou, ao menos, separado de fato. A primeira integrava um concubinato impuro (com presença de impedimento matrimonial entre os seus integrantes), enquanto a segunda compunha um concubinato puro.

Dos feitos jurisprudenciais pode-se destacar como de grande relevância as Súmulas 35 e 380 do Supremo Tribunal Federal. Na primeira, trata-se de indenização da convivente sobrevivente em caso de morte do concubino. Já na segunda, infere-se sobre a partilha patrimonial adquirida durante a convivência dos concubinos, tratando esta como uma sociedade de fato, por conseguinte, inserindo-a no instituto do Direito das Obrigações.

---

<sup>17</sup> Artigo convertido em PDF. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Op., cit., p. 4

### 3.3 A Constituição Federal de 1988: união estável como entidade familiar

O ápice para a supressão dos efeitos jurídicos danosos imputados às uniões informais, isto é, não legalizadas pelo Estado através da solenidade do casamento civil, ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Desde esse feito, dispensou-se a recorrência analógica ao instituto do Direito Obrigacional que figurava a relação pessoal afetiva como uma sociedade de fato, a fim de que esta garantisse uma justa partilha patrimonial. De acordo com as lições de Reinaldo Franceschini Freire:<sup>18</sup>

As decisões judiciais eram fundamentadas com base no direito das obrigações e não no direito de família, visto que essa união era considerada sociedade de fato. Muitas vezes a companheira sobrevivente era indenizada por serviços domésticos prestados, a fim de evitar o enriquecimento ilícito. (...) o impedimento ao enriquecimento ilícito servia de principal fundamentação das decisões judiciais no caso de rompimento de uma relação não matrimonial.

Não houve mais a necessidade de se buscar esses recursos jurídicos firmados pela jurisprudência, haja vista a Carta Magna ter elevado a união estável ao status de entidade familiar, inserindo-a no instituto denominado Direito de Família. Além disso, firmou-a também como base da sociedade. Assim dita o artigo 226, caput, § 3º, in verbis:<sup>19</sup>

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
(...)

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

A ampliação do conceito de entidade familiar instituída suprime, por conseguinte, a dicotomia estabelecida no Código Civil de 2016, qual seja, família legítima e família ilegítima. Também trouxe maior segurança jurídica no tocante à proteção do Estado, devido à aquisição de maior respaldo, visto a união estável ter alcançado com mais abrangência os princípios constitucionais. Dessa forma entende Izabela Yassue:<sup>20</sup>

A nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais, como a **dignidade da pessoa humana** (artigo 1º, III, da CF); **isonomia**, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o tratamento jurídico igualitário dos filhos (artigo 5º, I da CF); a **solidariedade social** (artigo 3º, I da CF); e a **afetividade** que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica.

<sup>18</sup> FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op., cit., p. 29.

<sup>19</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 jul. 2017.

<sup>20</sup> YASSUE, Izabela. **A família na Constituição Federal de 1988: A nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais**. DireitoNet, 18 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>>. Acesso em em 10 de jul. de 2017.

Entretanto, o art. 226, § 3º, possibilitou interpretações divergentes na seara doutrinária. Em razão de estar proposta a facilitação de se converter a união estável em casamento, surge uma dúvida em relação a uma situação fática: a hipótese de os separados de fato, não divorciados, poderem, ou não, unirem-se em união estável, tendo em vista não ser possível a conversão de tal união em casamento. Nas divergências doutrinárias, pontuam uns que há necessidade de edição de lei infraconstitucional; outros, defendem que o dispositivo é auto-aplicável. Segundo Freire<sup>21</sup> seguem o entendimento de que deve ser editada lei infraconstitucional Eduardo de Oliveira Leite e Maria Helena Diniz. Já Maria Berenice Dias, Semy Glanz e Antonio Carlos Mathias Coltro defendem a auto-aplicação do dispositivo.

Não obstante aos efeitos jurídicos dispostos no Direito de Família, conferidos pelo reconhecimento da união estável como entidade familiar no texto constitucional, foi somente com a regulamentação deste através da Lei nº 8.971/94 e em seguida, da Lei 9.278/96 que ficaram estabelecidos os parâmetros para concorrência sucessória do convivente sobrevivente e os direitos dos companheiros no tocante à alimentação. Segundo João Roberto Parizzato apud Paulo Roberto Ávila Castro:<sup>22</sup>

Não se conhecia, ainda, a figura do direito da concubina ou do concubino à sucessão *causa mortis*, o que veio a ocorrer com os arts. 2º e 3º da Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

É importante destacar o que dita a Lei 8.971/94 em seu artigo 2º, *in verbis*:<sup>23</sup>

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

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

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de 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.

Também a outra Lei (9.278) traz em seu artigo 7º, parágrafo único, o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente, desde que não constitua nova união ou casamento. De acordo com Castro,<sup>24</sup> “Esta não revogou inteiramente a lei anterior, e ambas passaram a conviver no cenário legal pátrio. Tal fato sugere uma certa pressa do legislador, que fez necessária maiores adequações em uma segunda lei sobre o assunto”.

<sup>21</sup> FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op., cit., 2009.

<sup>22</sup> Artigo convertido em PDF. PARIZZATO apud CASTRO, 2011, p. 2

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de Dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em 11 jul. 2017.

<sup>24</sup> CASTRO, Paulo Roberto Ávila. **A questão constitucional da sucessão dos companheiros no novo código civil.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10364](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=10364)>. Acesso em 2 jul 2017.

Em suma, como pontua Feitosa:<sup>25</sup>

Até o advento da Lei 8.971/94, a jurisprudência havia desenvolvido técnicas de proteção ao companheiro sobrevivente. A partir dessa lei, a morte de um dos conviventes foi atraída para o âmbito do direito das sucessões. Assegurou-se o direito de participar da sucessão aberta, seja como titular de direito real sobre a coisa alheia, seja como herdeiro, vindo em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. E a Lei 9.278/96 ainda instituiu o direito real de habitação.

Essas duas leis trouxeram definitivamente a união estável para a esfera dos institutos jurídicos do nosso ordenamento: Direito trabalhista, familiar, previdenciário, da sucessão ou quaisquer outros, passaram a tratar da legalidade e dos benefícios inerentes à união dos companheiros, reconhecidos constitucionalmente como entidade familiar.

### 3.4 O Novo Código Civil e o tratamento dado à união estável

O novo código civil trouxe mudanças significativas para a entidade familiar constituída pela união estável. A partir desse instituto os efeitos jurídicos sobre esse tipo de convivência tornaram-se mais pertinentes.

#### 3.4.1 Definição e distinção da união estável ante o casamento

A princípio, como foi abordado anteriormente, não houve uma definição do que seja o concubinato no Ordenamento Jurídico brasileiro. Nem se quer a expressão união estável era mencionada. No Código Civil de 1916 se deu apenas a caracterização de família legítima e família ilegítima. Foi, portanto, através das construções jurisprudenciais e doutrinárias que se formaram as primeiras definições sobre as uniões livres. Como bem coloca Medeiros Júnior:<sup>26</sup>

Durante muito tempo, o concubinato e união estável foram, na doutrina e na jurisprudência do nosso país, e ainda em textos alienígenas, termos sinônimos, ambos referindo-se à situação de uma união de alguma forma irregular, com a qual pretendiam, os conviventes, denominados igualmente concubinos, a constituição de entidade familiar, mesmo nas hipótese em que tal era inviável até pelas razões legais, como os impedimentos dirimentes e impedientes.

Nesse ínterim, surge a caracterização de concubinato impuro, aquele que trata de união de pessoas impedidas legalmente de casarem, e concubinato puro, tipo de união constituída por pessoas desimpedidas, livres, para, se desejarem, contrair os laços matrimoniais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se firma a terminologia “união estável”. Esta vem substituir a denominação do tipo de união chamada de concubinato puro, permanecendo designação de concubinato apenas para a união de pessoas que outrora era

<sup>25</sup> Artigo convertido em PDF. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Op., cit., p. 4

<sup>26</sup> MEDEIROS JÚNIOR, Wilson Neves de. **A união estável e sua fundamentação legal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49427&seo=1>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

classificada como concubinato impuro. Nas palavras de Maria Helena Diniz,<sup>27</sup> “a união estável distingue-se da simples união carnal transitória e da moralmente reprovável, como a incestuosa e a adúltera”. No intuito de deixar mais evidente a natureza dessa forma de relacionamento pessoal, distinguindo-a das demais, essa autora assim pontua:<sup>28</sup>

O casamento é diferente da união estável, por iniciar-se com cerimônia nupcial, gerando efeitos a partir dela e extinguindo-se pela invalidação, divórcio ou morte. A união estável não se estabelece por um ato único, forma-se com o tempo, daí a razão pela qual Fernando Malheiros a denomina ‘usucapião do direito de família’; e, além disso, rompe-se com a morte de um deles, abandono ou simples ruptura do convívio. Meras relações sexuais acidentais e precárias, ainda repetidas durante muito tempo, não revelam companheirismo, que requer estabilidade, ligação permanente entre homem e mulher para fins essenciais à vida social, isto é, *aparência* de ‘casamento’ perante terceiros ou, como dizem alguns autores, de ‘posse de estado de casado’.

Com a regulamentação do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, pela Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, inseriu-se legalmente o conceito de união estável. Diz o Art. 1º, caput, in verbis:<sup>29</sup> “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Enfim, o novo Código Civil, em consonância com o que fundamenta essa lei, assim define:<sup>30</sup> “Art. 1.723. 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”. Vale frisar que, por analogia, atualmente, insere-se nesse conceito de entidade familiar a união homoafetiva, quais sejam, aquelas constituídas apenas de homens ou apenas de mulheres.

#### 3.4.2 Direitos patrimoniais na união estável

Anteriormente a Constituição Federal de 1988 não havia um regime de bens que trouxesse os ditames da partilha patrimonial na união estável. Na verdade, nem se quer eram tratadas as questões patrimoniais no instituto denominado Direito de Família. Acontecia que quaisquer desavenças a respeito do patrimônio acabavam desaguando no campo do Direito das Obrigações. Em consonância com esse entendimento, pontua Santos:<sup>31</sup>

Com efeito, essa confusão se explica pelo fato de o instituto da união estável ter sido concebido e gestado no ventre da sociedade de fato, a partir da evolução registrada, especialmente na jurisprudência, em torno da aplicação dessa figura, tipicamente de direito obrigacional, às relações fáticas entre homem e mulher, como forma de evitar o enriquecimento sem causa, consoante já destacado.

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 30. Ed, São Paulo: Saraiva, 2015. V. 5. p. 436.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 413.

<sup>29</sup> BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/L9278.htm>>. Acesso em 11 jul 2017.

<sup>30</sup> BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 2 abr. 2017.

<sup>31</sup> Artigo convertido em PDF. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Op., cit., p. 7

Como se percebe, as decisões jurisprudenciais muito contribuíram para a solução de conflitos na seara patrimonial. Dentre elas, destaque-se a Súmula 380 editada pelo Supremo Tribunal Federal, assim discorrendo: “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”.

De acordo com as lições de Reinaldo Franceschini Freire:<sup>32</sup>

As decisões judiciais eram fundamentadas com base no direito das obrigações e não no direito de família, visto que essa união era considerada sociedade de fato. Muitas vezes a companheira sobrevivente era indenizada por serviços domésticos prestados, a fim de evitar o enriquecimento ilícito. (...) o impedimento ao enriquecimento ilícito servia de principal fundamentação das decisões judiciais no caso de rompimento de uma relação não matrimonial.

A elevação da união estável ao status de entidade familiar, outorgado pelo artigo 226, § 3º da vigente Constituição Federal, supriu a analogia ora citada, qual seja, os ditames do Direito Obrigacional, passando as questões patrimoniais inseridas nesse tipo de relacionamento pessoal a serem discutidas no instituto Direito de Família. Com a regulamentação do parágrafo 3º pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, ficou estabelecido como seria a participação no tocante aos bens móveis e imóveis inerentes a esse tipo de convivência pelos companheiros. Diz o artigo 5º da referida Lei, in verbis:<sup>33</sup>

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do **caput** deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Por sua vez, o Novo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.725, estabeleceu que deveria ser aplicado às relações patrimoniais da união estável, no que coubesse, o regime de comunhão parcial de bens. É evidente que esse direcionamento não é muito diferente do que pregoava a Lei nº 9.278/96. Pois, é sabido que por esse regime só serão comunicáveis os bens adquiridos onerosamente após a união dos conviventes.

Assim sendo, ficam excluídos da partilha os adquiridos a título de doação ou herança, mesmo sendo percebidos após a união. Também os bens adquiridos antes da união estável não serão partilhados. Mas vale salientar que no regime da comunhão parcial, os frutos dos

<sup>32</sup> FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op., cit., p. 29.

<sup>33</sup> Artigo convertido em PDF. BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, op., Cit., p. 1

bens particulares comunicam. Por fim, tal dispositivo faz uma ressalva: havendo contrato escrito entre os companheiros, este deverá prevalecer.

## 4 – O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

### 4.1 Princípios constitucionais do direito sucessório

Pontua Bittencourt,<sup>34</sup> que a Carta Magna, em seus ditames, garante aos indivíduos ser possível a transmissão de bens aos seus sucessores sob a tutela do Estado, conforme o artigo 5º, incisos XXII e XXX. Dessa forma, estimula-se a produção cada vez maior de bens, capital, atendendo também ao interesse da sociedade e, conseqüentemente, ao princípio da função social inerente a iniciativa privada.

Acrescenta a autora que:<sup>35</sup>

No Brasil, em razão da sociedade capitalista, a propriedade privada é o fundamento do direito sucessório, uma vez que este consagra a possibilidade do indivíduo acumular riquezas durante a vida, para após a morte transmiti-las a seus sucessores, visando, com isso, impedir não apenas a supressão da sucessão *causa mortis*, mas também, a apropriação dos bens do indivíduo que falece, pelo Poder Público. Acredita-se que com o acúmulo da riqueza individual, esta acaba beneficiando a sociedade. Todavia, seria incoerente o Estado se apropriar dos bens de uma pessoa após a sua morte, quando durante toda a sua vida lhe foi garantida a propriedade daqueles bens.

Ante o exposto, percebe-se uma valoração do coletivo ante o individual. Nesse sentido também se manifesta o Texto Constitucional em seu artigo 226, caput, quando traz a família como base da sociedade, tendo especial proteção do Estado. Em consonância com essa vertente está a maioria dos incisos do artigo 1º. Destaque-se neste o princípio da dignidade humana que deve estar imbuído no direito sucessório, haja vista que a transmissão de bens aos sucessores proporciona a estes uma existência equitativa e justa dentro do meio social.

Não menos importante, o princípio da isonomia deve ser observado pelo sistema normativo. Por conseguinte, a equiparação entre os sucessores é uma máxima a ser alcançada no instituto do Direito das Sucessões. Como bem coloca Freire:<sup>36</sup>

Na ordem de vocação hereditária, para fazer valer os princípios constitucionais, não deve haver tratamento diferenciando entre cônjuge e companheiro na concorrência da herança com descendentes e ascendentes. Igualmente, os filhos, frutos do casamento, da união estável, ou de relações concubinárias, devem ter o mesmo tratamento na seara sucessória, eis que são herdeiros legítimos do falecido.

---

<sup>34</sup> BITTENCOURT, Ana Paula Nogueira. **Considerações acerca do direito sucessório brasileiro: Crítica as soluções inovadoras do novo Código Civil Brasileiro em favor dos cônjuges, assim como as omissões relativas aos companheiros.** DireitoNet, 15 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3771/Consideracoes-acerca-do-direito-sucessorio-brasileiro>>. Acesso em 06 ago 2017.

<sup>35</sup> Artigo convertido em PDF. Ibid., p. 3

<sup>36</sup> FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op., cit., p. 72.

Enfim, sob o silogismo de que a família é a base da sociedade, com a proteção especial do Estado; que a união estável é reconhecida como entidade familiar, igualmente a outras formações familiares como as matrimoniais e informais: não há por que, no direito sucessório, haver diferenciações na mesma classe sucessória, afrontando os princípios constitucionais inerentes a esse instituto.

Todavia, o Novo Código Civil de 2002 não equiparou o cônjuge ao companheiro no tocante ao Direito das Sucessões. Tal equívoco, culminou com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790, do referido instituto, pelo Supremo Tribunal Federal. Será tratado sobre esse assunto mais adiante.

#### 4.2 A Sucessão do cônjuge e do companheiro

No Código Civil de 2002, a vocação hereditária é tratada no capítulo I do Título III, mais precisamente no artigo 1829. Nele, estão os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os colaterais. Veja-se, in verbis:<sup>37</sup>

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.

Pelo exposto, fica evidente a disposição de quatro classes de sucessores: na primeira, inserem-se o cônjuge e os descendentes, até o infinito; na segunda, o cônjuge e os ascendentes, até o infinito; na terceira, está o cônjuge, isoladamente; na quarta, estão os colaterais, até o quarto grau. Convém salientar que, de acordo com os ditames deste artigo, o regime de bens no casamento provocará efeitos jurídicos apenas na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido.

Tartuce,<sup>38</sup> numa análise sobre essa disposição legal, pontua que:

a concorrência sucessória do cônjuge foi um artifício jurídico utilizado para substituir o *usufruto legal vidual* – decorrente da viuvez – que existia a favor do cônjuge, e que foi extinto pela codificação civil em vigor. Nos termos do art. 1.611, § 1º, do CC/16, ora revogado, o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não fosse o de comunhão universal de bens, teria direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, deste ou do casal. Se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes do *de cujus*, o cônjuge supérstite teria direito ao usufruto sobre a metade dos bens do falecido. (p. 159 – 160)

<sup>37</sup> Artigo convertido em PDF. BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Op., Cit. p. 150 - 151

<sup>38</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2017. V. 6. p. 159 – 160.

Já o artigo 1.845, do referido Código, discorre sobre os herdeiros necessários, quais sejam, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Tal artigo deixa de fora do seu rol o companheiro. Não só ele excluiu o convivente sobrevivente mas também o artigo 1.829, descrito anteriormente.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tratou dos direitos sucessórios do companheiro em seu artigo 1.790. Sobre este, frisa Maria Helena Diniz<sup>39</sup> que, na “união estável, o companheiro supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do *de cuius*, na qualidade de sucessor regular”.

Para melhor entendimento, veja-se a transcrição do dispositivo na íntegra:<sup>40</sup>

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

Diante das disposições transcritas, conclui-se, em consonância com as lições da doutrinadora Maria Helena<sup>41</sup> que:

Há desigualdade de tratamento sucessório entre cônjuge e convivente sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendente, se preencher certas condições, ou com ascendente do falecido. O convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser isso em testamento (CC, arts. 1.845, 1.846 e 1.857), pois só tem direito à sua meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Além de trazer desigualdades, tal artigo também é lacunoso. Veja-se por exemplo a situação dos descendentes denominados de filhos híbridos; aquela em que há filhos que são de um único convivente e, também, filhos de ambos os companheiros. Não há no dispositivo nenhuma referência sobre tal circunstância.

#### 4.3 Inconstitucionalidade da distinção entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios

De antemão convém pontuar que há uma crítica majoritária, se não unânime, por parte dos doutrinadores a respeito da inserção do artigo 1.790 no Capítulo das Disposições Gerais do Código Civil de 2002. Para muitos, tal dispositivo deveria estar no capítulo que trata da regulação da ordem da vocação hereditária. Cite-se, por exemplo, Carvalho Neto, Zeno Veloso.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 29. Ed, São Paulo: Saraiva, 2015. V. 6. p. 172 – 173.

<sup>40</sup> Artigo convertido em PDF. BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Op., Cit. p. 147

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. Op., Cit., p. 180.

Como se ver, logo de início esse dispositivo foi alvo de tormentosas divergências interpretativas na seara doutrinária. Como bem coloca Zeno Veloso:<sup>42</sup>

O artigo 1.790 tinha de ficar no capítulo que regula a ordem da vocação hereditária, mas este é um problema menor. O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falha, em substância, significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco.

Não menos severo, foi o posicionamento de Flávio Tartuce,<sup>43</sup> quando da análise de tal instituto. Diz o autor que o Código Civil de 2002 “não se coaduna com a realidade social e familiar, tendo sido um grande equívoco a sua inclusão no sistema jurídico nacional”. Justifica seu posicionamento demonstrando que o processo embrionário de tal Código, em 1972, foi numa época em que “os valores da sociedade eram outros, totalmente diversos da contemporaneidade”.

Nesse preâmbulo fica óbvio a tendência de refutação no campo doutrinário dos ditames dispostos no artigo 1790, referente aos direitos sucessórios do convivente sobrevivente. E um dos pressupostos que eleva o clamor por sua reformulação, e até eliminação do Ordenamento Jurídico, é a incompatibilidade de tal dispositivo com o princípio constitucional da isonomia, por ter promovido a desequiparação nos direitos hereditários do companheiro e do cônjuge. Diz de forma taxativa Bittencourt<sup>44</sup> que “é certo afirmar que o ordenamento civil não atendeu aos princípios constitucionais ao estabelecer regras diferenciadas em relação aos direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros”.

Para comprovar tal afirmação basta analisar o que está disposto nos referidos dispositivos desse instituto. Um dos pontos considerado inconstitucional por parte da doutrina é o fato de o companheiro sobrevivente não constar na ordem de vocação hereditária, nem como herdeiro necessário, o que não acontece com o cônjuge, conforme os ditames dos artigos 1.829 e 1.845 do Código Civil. Pontua Euclides de Oliveira apud Gaiotto Filho que:<sup>45</sup>

Merece reparo essa colocação da matéria fora do rol dos sucessores legítimos. Deveria constar do título da Sucessão Legítima, capítulo sobre a Ordem da Vocação Hereditária, que abrange os descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais (art. 1.829). Pois é certo que também o companheiro tem direito à herança, ainda que de forma distinta daquela prevista para o cônjuge, mas não pode ser excluído da qualidade de sucessor legítimo, em determinadas circunstâncias.

---

<sup>42</sup> Artigo convertido em PDF. VELOSO apud NUNES DA SILVA, 2011, p. 25

<sup>43</sup> TARTUCE, Flávio. Op., cit., p. 161.

<sup>44</sup> Artigo convertido em PDF. BITTENCOURT, Ana Paula Nogueira. Op., cit., p. 4

<sup>45</sup> FILHO, Washington Luiz Gaiotto. **A União Estável no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://washingtongaiotto.jusbrasil.com.br/artigos/111589809/a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 17 jul 2017.

Outro ponto bastante polêmico que, segundo alguns doutrinadores, é passível de declaração de inconstitucionalidade é a exclusão dos sucessores colaterais da totalidade da herança se não houver descendentes, nem ascendentes, ficando esta para o cônjuge supérstite, em conformidade com as disposições dos artigos 1.829, inciso III, e 1.838 que discorrem sobre a sucessão. Tal normatividade não alcançou o companheiro do de cujus, visto está apregoadado no inciso III do artigo 1.790 que o companheiro concorrerá com os sucessores colaterais, tocando para aquele 1/3 da herança. Também está disposto nesse instituto que o convivente sobrevivente somente sucederá sobre os bens adquiridos onerosamente durante o período de convivência na união estável. Já no tocante ao cônjuge, este, via de regra, concorre com os descendentes, exceto em alguns regimes de bens.

São pressupostos como esses, expostos anteriormente, que têm instigado boa parte de doutrinadores a sugerir a inconstitucionalidade das normas referentes aos direitos sucessórios no tocante à união estável. Na forma em que estão dispostas tais normas, fica distante uma pacificação doutrinária no que se refere à interpretação normativa do Direito das Sucessões, principalmente, sobre os direitos que trazem efeitos jurídicos para os conviventes em união livres. Nas lições de Carvalho Neto apud Letícia Martini:<sup>46</sup>

evidencia-se, logo de antemão, que os direitos sucessórios conferidos ao companheiro nem sequer foram incluídos no Título próprio, onde se encontra elencada toda a ordem de vocação hereditária. O companheiro permanece segregado dos demais entes constituintes da família que disputam a sua fração na herança, de maneira que “nada impediria que o novo Código tratasse a matéria em conjunto com o cônjuge, simplesmente acrescentando a referência ao companheiro nos art. 1.829 a 1.832 e 1.836 a 1.839.

A eliminação do artigo 1.790, na concepção desses doutrinadores, sem sombra de dúvidas, suprime grandes divergências doutrinárias. Para uns, colocar o companheiro ao lado do cônjuge na linha sucessória seria suficiente. Para outros, propor projetos de lei visando eliminar as disparidades, seria a medida mais viável.

#### 4.3.1 Recurso Extraordinário nº 878.694/MG e a Tese de Repercussão Geral

De início é bom frisar que não foi somente o Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, Tema 809, que culminou com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, com repercussão geral reconhecida. Também o Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, Tema 498, esteve na pauta de julgamento. Trata este do direito sucessório em uma relação homoafetiva, a qual passa a ter os mesmos efeitos jurídicos de uma relação heterossexual, no tocante à união estável. A tese de repercussão geral – “É inconstitucional a

<sup>46</sup> MARTINI, Letícia Moreira de. **Direito sucessório na união estável: a desigualdade implantada no atual Código Civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10767](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10767)>. Acesso em 5 ago 2017.

distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” – foi declarada para os dois recursos.

A decisão veio atender ao clamor de parte da comunidade doutrinária que estava em polvorosa com os ditames desse dispositivo (art. 1.790 do CC/02). É bem verdade que parte da doutrina não considerava inconstitucional o referido artigo como um todo. Cite-se, por exemplo, Sílvio de Salvo Venosa, Carlos Roberto Gonçalves e Flávio Tartuce. Este último, assim, se pronunciou:<sup>47</sup>

Relembro que sempre estive filiado à corrente que via inconstitucionalidade apenas no inciso III do art. 1.790 do Código Civil, por colocar o convivente em posição de desprestígio ante os ascendentes e colaterais até o quarto grau, recebendo um terço do que esses recebessem. Aliás, alguns Tribunais Estaduais tinham reconhecido a inconstitucionalidade desse último diploma, por meio do seu Órgão Especial, caso do Tribunal de Justiça do Paraná e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Entretanto, reitero que o momento é de aceitar a decisão do STF, conforme expunham dois dos nossos grandes sucessionistas, os Professores Zeno Veloso e Giselda Hironaka, citados no julgamento.

Já outros autores defendiam a inconstitucionalidade por entender que houve uma afronta aos princípios constitucionais, quando da fixação de que o companheiro participaria da sucessão do de cujus apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Nesse sentido, de forma contundente, expressa Giselda Hironaka apud Flávio Tartuce.<sup>48</sup>

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

Não se pode negar que também há os que optam pela constitucionalidade de tal instituto. Flávio Tartuce<sup>49</sup> aponta as divergências sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade dessa norma, citando como exemplo “as conclusões opostas sobre a questão, ambos em sede de arguição de inconstitucionalidade”, dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro. Ele ainda acrescenta que no voto do Min. Luís Roberto Barroso, relator do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, há menção sobre as divergências jurisprudenciais. Rayanne

<sup>47</sup> TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Jusbrasil, maio de 2017. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/465526986/stf-encerra-o-julgamento-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil-e-agora>>. Acesso em 25 ago 2017.

<sup>48</sup> TARTUCE, Flávio. Op., cit., p. 250 – 251.

<sup>49</sup> Ibid., p. 253.

Moreira dos Santos Dantas,<sup>50</sup> em estudo da mesma temática, apresenta as seguintes jurisprudências, prós ou contra a inconstitucionalidade:

Inventários Sucessão da companheira Inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil Regime sucessório do cônjuge sobrevivente - Não havendo descendentes e ascendentes, a companheira recolhe toda a herança Recurso provido.(TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 0078186-86.2013.8.26.0000, Acórdão 6878634, Peruíbe, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, DJESP 06.0.2013).

Equiparação constitucional das entidades familiares matrimoniais e extramatrimoniais, em razão de serem oriundas do mesmo vínculo, qual seja, a afeição, de que decorrem a solidariedade e o respeito mútuo entre os familiares. Entidades destinatárias da mesma proteção especial do Estado, de modo que a disparidade de tratamento em matéria sucessória fere a ordem constitucional. Ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e direito fundamental à herança. Proibição do retrocesso social (TJSP, Apelação com Revisão 587.852.4/4, Acórdão 4131706, 9ª Câmara de Direito Privado, Jundiaí, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 25.08.2009, DJESP 25.11.2009).

Agravo de instrumento. Sucessão. União Estável. Companheira. Constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Recurso Provido. Embora o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 reconheça a união estável como entidade familiar, não a equiparou ao casamento, tanto que a referida norma constitucional prevê que a Lei deve facilitar sua conversão. Não é inconstitucional o tratamento conferido pelo art. 1.790 do Código Civil acerca do direito sucessório do companheiro (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0261.09.073944-0/001, Rel. Des. Ana Paula Caixeta, j. 23.05.2013, DJEMG 29.05.2013).

INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERANÇA. PARTICIPAÇÃO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO A CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA. A Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquele como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF). Dessa forma, é possível verificar que a legislação civil buscou resguardar, de forma especial, o direito do cônjuge, o qual possui prerrogativas que não são asseguradas ao companheiro. Sendo assim, o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil a esses institutos, especialmente no tocante ao direito sobre a participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido, não ofende o princípio da isonomia, mesmo que, em determinados casos, como o dos presentes autos, possa parecer que o companheiro tenha sido privilegiado. O artigo 1.790 do Código Civil, portanto, é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia. (TJDF; Rec. 2009.00.2.001862-2; Ac. 355.492; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Natanael Caetano; DJDFTE 12/05/2009; Pág. 81) (Publicado no DVD Magister nº 27 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007).

Mesmo que não haja uma consonância total com o julgado proferido pelo STF, há uma aceitação por parte dos que tinham consenso pela inconstitucionalidade total ou parcial do referido artigo, visto ser inadmissível quaisquer supressões de princípios constitucionais. Para melhor esclarecimento sobre o conteúdo de tal julgado será transcrita a ementa do decisum elaborada pelo Ministro Relator:<sup>51</sup>

<sup>50</sup> DANTAS, Rayanne Moreira dos Santos. **Inconstitucionalidade de direitos sucessórios diferenciados para cônjuge e companheiro: uma abordagem a partir do Recurso Extraordinário: 878.694-MG**. 2016. 30 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó/RN, 2016.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878694**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>. Acesso em: 17 set. 2017.

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

Nesse julgado, como expõe Taturce:<sup>52</sup>

A principal vantagem do *decisum* é resolver a grande instabilidade jurídica sucessória verificada no Brasil desde a vigência do Código Civil de 2002, colocando fim a debates sobre a inconstitucionalidade ou não do art. 1.790 do Código Civil.

É interessante frisar, ante o exposto anteriormente, a cautela do Ministro Barroso em modular os efeitos da decisão, visando a preservação da segurança jurídica. Assim sendo, haverá repercussão do julgado sobre os processos de inventários que não transitaram em julgado a sentença da partilha, como também sobre as partilhas extrajudiciais não formalizadas por escritura pública. Assim discorre o Ministro Luís Roberto Barroso:<sup>53</sup>

é importante observar que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Assim, levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.

Esse posicionamento do Relator Barroso foi acompanhado por sete ministros do Supremo Tribunal Federal. Posicionaram-se contrariamente apenas três, sendo o resultado de 8 (oito) a 3 (três).

<sup>52</sup> Artigo convertido em PDF. TARTUCE, Flávio. Op., cit., p. 3

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op., cit. p. 25

Ante o exposto, evidencia-se um novo direcionamento nos direitos sucessórios inerentes ao convivente sobrevivente de uma união estável. Resta saber até que ponto os efeitos jurídicos vão suprir de forma equitativa os desequilíbrios causados pelo dispositivo declarado inconstitucional, qual seja, o artigo 1.790 do Código Civil.

#### 4.3.2 Análise de efeitos jurídicos sob a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790.

Certamente a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal com tese de repercussão geral de que “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/02,” atendeu a ânsia de parte dos doutrinadores que reivindicavam com veemência a declaração de inconstitucionalidade de tal dispositivo. Tal ato supriu situações de desequilíbrios entre o cônjuge e o companheiro, tendo em vista que inseriu este na ordem da sucessão legítima. Dessa forma, não mais concorrerá o convivente sobrevivente com demais sucessores somente sobre os bens onerosamente adquiridos sob a convivência da união estável, como pregava o caput do artigo 1.790. Isto porque estando ele sob a égide do artigo 1829, dependerá do regime de bens adotado quando concorrer com descendentes, sendo, via de regra, adotado o regime parcial de bens, conforme art. 1.725, como bem discorre o Código Civil atual, in verbis: “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se as relações patrimoniais no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Já se a concorrência for com os ascendentes, não surtirá efeito o regime de bens adotado. Vale lembrar que o convivente sobrevivente também constará na terceira classe da linha sucessória, deixando de concorrer com sucessores colaterais, tais como tios, sobrinhos, irmãos, enfim, os colaterais até o quarto grau. Por conseguinte, ele ficará com a totalidade da herança.

Convém salientar também sobre a divergência manifestada no campo doutrinário sobre quem teria direito a herança inerente aos bens particulares do falecido, no caso da inexistência de parentes sucessíveis. Tal conflito se deu pelo fato do inciso IV do artigo 1.790 contrariar o que está disposto no caput do referido artigo. Nas lições de Elisa Maria Nunes da Silva:<sup>54</sup>

Este(sic) inciso há uma dupla interpretação que deverá ser analisada conforme o caso. A primeira interpretação refere-se que na ausência de parentes sucessíveis, isto é(sic) o companheiro irá receber os bens adquiridos na constância da união a título oneroso, e os bens particulares adquiridos por esforço próprio do de cujos(sic) estes iriam para o Estado, obedecendo o caput do art. 1.790 e seus incisos. Já a segunda interpretação visa aplicar o inciso IV sem a leitura conjuntiva do caput do referido artigo, neste caso

---

<sup>54</sup> Artigo convertido em PDF. SILVA, Elisa Maria Nunes da. Op., cit., p. 31

o companheiro iria receber a totalidade da herança incluindo os bens onerosos e particulares do de cujos.

Essa celeuma foi suprimida juntamente com a eliminação de tal artigo pela consequente declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. É importante frisar que, além desses efeitos jurídicos citados, há outros advindos por consequência da inserção do companheiro no artigo 1.829. Flávio Tartuce<sup>55</sup>, em uma análise sobre os votos prevaletentes do referido julgado, mesmo percebendo que não foi mencionado o companheiro como herdeiro necessário, conforme discorre o artigo 1.845 do Código Civil, chega à conclusão de alguns efeitos jurídicos, dos quais destaca três:

*a) incidência das regras previstas entre os arts. 1.846 e 1.849 do CC/2002 para o companheiro, o que gera restrições na doação e no testamento, uma vez que o convivente deve ter a sua legítima protegida, como herdeiro reservatário; b) o companheiro passa a ser incluído no art. 1.974 do Código Civil, para os fins de rompimento de testamento, caso ali também se inclua o cônjuge; c) o convivente tem o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação (arts. 2.002 a 2.012 do CC), sob pena de sonegados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge.*

É notório que a retirada do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, inerente aos direitos sucessórios, elimina a discussão sobre a inconstitucionalidade de tal instituto. Todavia, não serão supridas todas as lacunas da concorrência sucessória da legítima presentes no Direito das Sucessões vigente, sendo estas, palco das mais calorosas divergências doutrinárias. Tome-se por exemplo a concorrência do companheiro com filhos híbridos, a qual não era prevista pelo dispositivo ora eliminado. Vale lembrar que tal situação se caracteriza pela existência de sucessores que sejam descendentes unicamente do de cujus mais sucessores filhos de ambos companheiros, concorrendo com o convivente sobrevivente.

O certo é que não há consenso entre os operadores do Direito de como será feita a partilha do espólio nesses casos, possibilitando a uma decisão praticamente por ato discricionário do magistrado. E não é com a inserção do companheiro como sucessor da legítima, integrando-o ao artigo 1.829 do atual Código Civil, que vão ser superadas tais discórdias jurídicas. De antemão, a doutrina tem apresentado várias teorias, procurando suprir essa lacuna, sem haver unanimidade sobre qual delas possibilitará uma partilha de forma equitativa, não beneficiando mais a um sucessor em detrimento de outro.

Flávio Tartuce<sup>56</sup> destaca duas dessas teorias: “para a primeira vertente, majoritária, havendo sucessão híbrida, não se deve fazer a reserva da quarta parte ao cônjuge, tratando-se

<sup>55</sup> Artigo convertido em PDF. TARTUCE, Flávio. Op., cit., p. 4

<sup>56</sup> TARTUCE, Flávio. Op., cit., p. 188 – 189.

todos os descendentes como exclusivos do autor da herança”. Segundo o autor, é esse, também, o posicionamento adotado na “V Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho de Justiça Federal e pelo STJ em 2011”. Já “para a segunda corrente, havendo sucessão híbrida, deve ser feita a reserva da quarta parte ao cônjuge, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns”.

Na verdade, não há previsão legal para a concorrência do companheiro com descendentes comuns e com descendentes só do autor da herança, situação essa conhecida como híbrida, não rara de acontecer. Diz freire<sup>57</sup> que:

o legislador, entretanto, não cuidou da sucessão do companheiro com filhos comuns e exclusivos. E indaga: e no caso da filiação híbrida, como resolver? Como partilhar os bens? Autores divergem quanto à partilha de bens entre convivente sobrevivente, filhos comuns e filhos exclusivos do falecido, e fazem algumas propostas para divisão da herança.

Esse autor discorre sobre a teoria da sub-herança, a qual, sendo aplicada, implicará a desigualdade entre os filhos. A herança seria dividida em partes, blocos, ou sub-herança, ou seja:<sup>58</sup>

a) bem particular: divide em partes iguais entre todos os filhos (comuns ou não) e a companheira nada recebe, b) bem comum: divide a herança em blocos, b. 1) filhos comuns, a companheira recebe uma parte igual à dos filhos. b.2) filhos exclusivos, a companheira recebe metade do que receberem os filhos exclusivos. Somam-se os valores das divisões acima e se terá um valor total de cada filho.

Para a conclusão sobre o estudo dos conflitos que norteiam a linha sucessória, aponte-se a tormentosa situação da concorrência concomitante do cônjuge separado de fato e do companheiro sobre a legítima deixada pelo de cujus. Para ilustração do caso, será transcrito a análise feita por Natália Cristina Marques Pimenta:<sup>59</sup>

Isto porque, se quando o marido falece, o casal estava separado de fato há menos de dois anos, haverá uma situação interessante: a esposa e a companheira serão consideradas herdeiras em concorrência. Assim, ambas serão chamadas a suceder em razão do disposto no artigo 1830, do Código Civil Brasileiro, que assim se expressa: “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”.

Essa controvérsia existia pelo fato de ter o artigo 1.790 do Código Civil pontuado que o companheiro participaria da partilha da legítima, no caso de bens onerosos, e o artigo 1.830,

<sup>57</sup> FREIRE, Reinaldo Franceschini. Op., cit., p. 128.

<sup>58</sup> Ibid., p. 134

<sup>59</sup> PIMENTA, Natália Cristina Marques. **HERANÇA CONCORRIDA: Conflitos na separação de fato na sucessão legítima**. Revista **Consultor Jurídico**, 13 de agosto de 2009, 8h14. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-13/conflitos-codigo-civil-separacao-fato-sucessao-legitima>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

como visto anteriormente, possibilitar a participação do separado de fato a menos de dois anos sobre a herança do de cujus. Embora tenha sido eliminada a dita norma que tratava da sucessão do companheiro; quando da inserção do companheiro no artigo 1.829 do referido diploma, não se elimina tal conflito, visto ser permitido a união estável em que haja um dos conviventes, senão os dois, que seja separado de fato a menos de dois anos. Vale salientar que ante a conjugação dos dois dispositivos – artigos 1.829 e 1830 – fica a incógnita de como será tal divisão.

Por tais situações, fica evidente, portanto, que estão longe de serem superados os conflitos e as divergências causadas por esse instituto no tocante ao direito sucessório. Como bem coloca Pimenta,<sup>60</sup> há uma clara desconexão entre os dispositivos existentes na legislação civil quanto à pessoa que será legitimada a receber a herança deixada pelo *de cujus*.

## 5 – CONCLUSÃO

O homem sempre buscou perenizar seus feitos, buscando diversas formas de torná-los duradouros. E isso não foi diferente quando da construção da sociedade. Objetivando guarnecer a si e aos seus entes mais próximos, de bens e valores sociais, engendrou uma linha sucessória para garantir a perpetuação do acúmulo patrimonial. Nesse ínterim, surge o Direito das Sucessões, o qual vem sendo moldado de acordo com as transformações da sociedade. Por conseguinte, tal Direito repercute nas relações sociais, a ponto de influenciar até as relações privadas ou individuais. Assim tem sido no relacionamento conjugal, seja ele formalizado por cerimônias matrimoniais ou por uniões livres.

No estudo ora feito ficou evidente que esse Direito nas sociedades primitivas não era positivado sendo caracterizado como Direito Consuetudinário, tendo como respaldo os costumes e valores percebidos pelos mais diversos grupos sociais e diferentes épocas. Assim sendo, as uniões ou relacionamentos pessoais eram estabelecidos de acordo com os interesses que atendessem a manutenção da conjuntura social. Ante essa premissa é que se estabelecia a aceitação de determinados relacionamentos conjugais, podendo ser estes ora formalizados, ora informais, ou concomitantes. Todavia, as uniões informais, livres eram as primeiras a sofrerem efeitos jurídicos quando não fosse possível compatibilizá-las com a conjuntura social. Muitas das vezes, essa incompatibilidade se dava por pressupostos religiosos, morais e até econômicos.

Com a positivação do Direito, tornaram-se mais nítidas as disparidades entre as várias formas de relacionamento conjugais. Todavia, houve uma tendência de se proteger as uniões

---

<sup>60</sup> Artigo convertido em PDF. Ibid., p. 2.

formais em detrimento das uniões livres, visando uma maior garantia jurídica dos bens de direito das famílias consolidadas pelas formalidades sociais e/ou clericais, manifestadas pelo matrimônio.

Na formação do Ordenamento Jurídico Brasileiro é óbvia a repressão a uniões livres, denominadas de concubinato. O Código Civil de 1916 foi excludente no tocante as formas de uniões pessoais constituídas em sua vigência. Tal instituto adotou como legítima a união legalizada pelo Estado, formalizada pelo casamento civil, não reconhecendo, a fim de direito, quaisquer outros tipos de uniões.

Somente com a progressividade da conjuntura social, através de reivindicações de parte da sociedade, manifestadas primeiramente no judiciário através das decisões jurisprudenciais, que os efeitos jurídicos discriminatórios foram sendo suprimidos e as famílias ditas ilegítimas inseridas aos poucos na legalidade do nosso Ordenamento Jurídico. Vale salientar que através das decisões jurisprudenciais foram se moldando os conceitos das uniões livres.

As uniões livres foram melhor definidas com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna aprimorou o conceito de entidade familiar, prestigiando várias formas constitutivas de família, dentre elas a união estável, a qual passou a ter a proteção do Estado. Por conseguinte, o concubinato sofre alteração em seu conceito, passando este a ser a união daqueles que são impedidos legalmente de contrair o matrimônio. As demais uniões, não formalizadas, são intituladas de união estável. É importante frisar que antes destas definições as uniões livres eram classificadas como concubinato puro e concubinato impuro. Aquele, sob o título de união estável, ficou sob a tutela do Estado; este, constituído pelos impedidos de contração legal do matrimônio, não foi prestigiado pela Carta Magna.

Não obstante a inserção da união estável na Lei Maior, na questão patrimonial os direitos dos companheiros não foram bem definidos, sendo as desavenças inerentes a partilha de bens resolvidas na seara do direito obrigacional. Somente com a edição das Leis 8.971/94 e 9.278/96 é que foram regulamentados os direitos sobre partilha referente não só à meação mas também à concorrência sucessória. Entretanto isso se deu por um curto período, visto ser promulgada a Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, revogando direitos ditados pelas leis citadas anteriormente.

Com o advento do Novo Código Civil de 2002 estabeleceu-se um divisor de águas entre a união estável e o concubinato, dando uma caracterização bem distinta entre esses tipos de união. Como mencionado anteriormente, o concubinato foi taxado como as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casarem. No que cabe à união estável, não

resta dúvidas de que os avanços foram enormes em matéria de direitos. Foi reconhecida como entidade familiar, caracterizando-se como aquela que é notória, contínua, pública e duradoura.

Entretanto, no Direito das Sucessões, ao tratar da sucessão do companheiro no artigo 1.790 do Livro IV, nas Disposições Gerais, houve um retrocesso nos direitos até então conquistados, tendo em vista que os conviventes não tiveram seus direitos sucessórios equiparados aos dos cônjuges, evidenciando um flagrante desequilíbrio na linha sucessória. Tal dispositivo deixou os conviventes em condição de inferioridade, uma vez que restringiu os direitos sucessórios dos companheiros, não os inserindo na ordem da vocação hereditária, indo na contramão do que dispôs a antiga Lei nº 8.271 de 1994, que inseriu o companheiro sobrevivente na terceira ordem de vocação hereditária especial. Na verdade, essa norma transgrediu os princípios constitucionais que lardeiam o direito sucessório, tais como o da isonomia, da dignidade humana, da solidariedade social e outros.

A doutrina bem colocou os exageros cometidos no Direito das Sucessões no que tange à sucessão do companheiro, reivindicando de maneira contundente a inconstitucionalidade da norma, respaldando-se na principiologia que norteia o direito sucessório. Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 pelo Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida sobre os Recursos Extraordinários nº 878.694/MG e nº 646.721/RS com a tese de repercussão geral, foi bem vista pelos doutrinadores convictos de não haver constitucionalidade no todo ou em partes de tal dispositivo

É certo de que ainda é cedo para medir a totalidade dos efeitos da retirada desse dispositivo do direito sucessório e a inserção do companheiro no artigo 1.829, introduzindo-o na ordem da vocação hereditária. Não obstante o curto tempo, é possível apontar efeitos jurídicos positivos como, por exemplo, no direito de o companheiro sobrevivente suceder na totalidade os bens do de cujus, quando da inexistência de descendentes e ascendentes.

Do exposto, pode-se concluir que os avanços foram bastantes significativos para a equiparação no Direito das Sucessões das entidades familiares reconhecidas pela Carta Magna. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi relevante para o estabelecimento da igualdade dessas entidades. Todavia, ainda restaram algumas situações passíveis de divergências que serão enfrentadas no âmbito dos tribunais. A título de ilustração cite-se a concorrência sucessória do convivente sobrevivente com a filiação híbrida.

Portanto, cabe a doutrinadores e operadores do direito um maior aprofundamento do tema, visando a busca de novas possibilidades jurídicas para solucionar as questões dubitáveis ou obscuras inerentes ao Direito das Sucessões. Também deve a comunidade acadêmica e

sociedade como todo elaborarem proposições que possibilitem construir soluções jurídicas mais adequadas e justas.

## 6 – REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Ana Paula Nogueira. **Considerações acerca do direito sucessório brasileiro: Crítica as soluções inovadoras do novo Código Civil Brasileiro em favor dos cônjuges, assim como as omissões relativas aos companheiros.** DireitoNet, 15 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3771/Consideracoes-acerca-do-direito-sucessorio-brasileiro>>. Acesso em 06 ago 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 2 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 5 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.971, de 29 de Dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em 11 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.** Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/L9278.htm>>. Acesso em 11 jul 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência: aplicação das Súmulas no STF.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumula\\_s.asp?sumula=2482](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumula_s.asp?sumula=2482)>. Acesso em 02 ago de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **Tema 809: validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercu/ssao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>>. Acesso em 29 ago 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878694.** Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>. Acesso em: 17 set. 2017.

CASTRO, Paulo Roberto Ávila. **A questão constitucional da sucessão dos companheiros no novo código civil.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista\\_artigosleitura&artigoid=10364](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigosleitura&artigoid=10364)>. Acesso em 2 jul 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 30. Ed, São Paulo: Saraiva, 2015. V. 5.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 29. Ed, São Paulo: Saraiva, 2015. V. 6.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Concubinato e união estável**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, nº 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/545>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

FILHO, Washington Luiz Gaiotto. **A União Estável no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://washingtongaiotto.jusbrasil.com.br/artigos/111589809/a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 17 jul 2017.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência sucessória na união estável**. Curitiba: Juruá, 2009. 216 p.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **O Concubinato sob uma perspectiva histórica (Antigüidade)**. In: Migalhas, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI45925,91041-O+Concubinato+sob+uma+perspectiva+historica+Antiguidade>>. Acesso em 03 jul 2017.

MEDEIROS JÚNIOR, Wilson Neves de. **A união estável e sua fundamentação legal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49427&seo=1>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

PIMENTA, Natália Cristina Marques. **HERANÇA CONCORRIDA: Conflitos na separação de fato na sucessão legítima**. Revista Consultor Jurídico, 13 de agosto de 2009, 8h14. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-13/conflitos-codigo-civil-separacao-fato-sucessao-legitima>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Doutrina – união estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. In DIREITO DE FAMÍLIA, 8 de jun. de 2011. Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

SILVA, Elisa Maria Nunes da. **Reconhecimento da união estável como entidade familiar e seus efeitos no âmbito sucessório**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8878](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8878)>. Acesso em 03 jul 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2017. V. 6.

\_\_\_\_\_. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?**. Jusbrasil, maio de 2017. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/465526986/stf-encerra-o-julgamento-sobre-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil-e-agora>>. Acesso em 25 ago 2017.

YASSUE, Izabela. **A família na Constituição Federal de 1988**: A nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais. DireitoNet, 18 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>>. Acesso em em 10 de jul. de 2017.