

NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PRIVADO

ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA

Giselda Hironaka

Vitor Almeida
Rio, 04.04.2023

NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PRIVADO

ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA

Giselda Hironaka

Coordenadores

Antônio Augusto de Souza Coelho

Frederico Price Grechi

Rommel Andriotti

**JUSTIÇA
&
CIDADANIA**

Rio de Janeiro, 2023



1ª edição – 2023

Editora JC

Av. Rio Branco, 14, 18º andar

20090-000 – Rio de Janeiro – RJ – Brasil

Tel: 55 21 2240 0540

editorajc@editorajc.com.br

www.editorajc.com.br

Edição: Tiago Santos Salles e Erika Siebler Branco

Diagramação: Diogo Tomaz

Produção editorial e revisão: Rafael Rodrigues

Capa: Diogo Tomaz

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Novas tendências do direito privado : estudos em homenagem à professora Giselda Hironaka / coordenação Antonio Augusto de Souza Coelho, Frederico Price Grechi, Rommel Andriotti ; [editores Tiago Santos Salles, Erika Siebler Branco]. -- 1. ed. -- Rio de Janeiro : Editora J & C, 2022.

ISBN 978-65-86303-14-8

1. Acesso à justiça 2. Direito privado - Brasil
3. Hironaka, Giselda 4. Homenagem I. Coelho, Antonio Augusto de Souza. II. Grechi, Frederico Price.
III. Andriotti, Rommel. IV. Salles, Tiago Santos.
V. Branco, Erika Siebler.

22-136150

CDU-347(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito privado 347(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte,
constitui violação do *copyright* (Lei nº 9.610/1998)

Sumário

7	APRESENTAÇÃO: MERCIDA HOMENAGEM À MESTRA DE TANTOS MESTRES <i>Tiago Santos Salles</i> <i>Erika Siebler Branco</i>	143 163
15	PREFÁCIO <i>Antônio Augusto de Souza Coelho</i>	
21	AS FUNÇÕES E OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Luis Felipe Salomão</i>	187
33	A POSSIBILIDADE DE EXIGIR CONTAS EM ALIMENTOS – INOVAÇÃO DO ART. 1.583, § 5º, DO CÓDIGO CIVIL <i>Paulo Dias de Moura Ribeiro</i>	201
53	FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS APÓS A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA <i>Ricardo Villas Bôas Cueva</i>	227
67	OS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO VERTICAL NO AGRONEGÓCIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRECIFICAÇÃO FORÇADA DA LEI Nº 13.288/2016 <i>Antônio Augusto de Souza Coelho</i>	239 247
107	FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMÓVEL RURAL <i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	

MESTRA

o

ERIOR

CONTAS EM

ART. 1.583, § 5º,

ATO E
CÍOS JURÍDICOS
ONÔMICA

ÇÃO VERTICAL NO
TITUCIONALIDADE
DA

o

IDADE

Gama

- 143 CRÉDITO RURAL BRASILEIRO – SÍNTESE
HISTÓRICA
Ricardo Barbosa Alfonsín
- 163 A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E OS
CONTRATOS AGRÁRIOS
Flávio Tartuce
Maurício Bunazar
- 187 A DECLARAÇÃO JUDICIAL DA FUNÇÃO SOCIAL
DA PROPRIEDADE COMO GARANTE DO
CONTRADITÓRIO EFETIVO NO PROCESSO
JUDICIAL AGRÁRIO
Nile William Fernandes Hamdy
- 201 O DIREITO DE PROPRIEDADE E O TERRITORIAL
INDÍGENA
Luana Ruiz
- 227 DESIGUALDADE NO LIMITE QUANTITATIVO DE
ÁREA PÚBLICA A REGULARIZAR NAS DIVERSAS
REGIÕES DO PAÍS
Abel Sguarezi
- 239 PELO DIREITO DE PRODUZIR E CRIAR ANIMAIS
PARA ALIMENTAÇÃO HUMANA
Rodrigo A. B. Montezuma
- 247 O EMPRESÁRIO RURAL E A LRE
Mário Luiz Delgado

- 263 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A GUARDA
COMPARTILHADA
Claudio Luiz Bueno de Godoy
- 277 O DIREITO DE ADEQUAR O NOME À IMAGEM
PESSOAL E A HIPÓTESE DE RETIFICAÇÃO POR
ABANDONO AFETIVO
Adriana Chieco
Camila Ieracitano Macedo Maia
Mabel Schiavo Tucunduva Prieto de Souza
- 301 A ABRANGÊNCIA DA AFETIVIDADE PARA O DIREITO
DE FAMÍLIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ABANDONO EFETIVO
Cesar Calo Peghini
Renato Mello Leal
- 327 TEORIA DA POSSE NO DIREITO BRASILEIRO
Paulo Lôbo
- 349 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA
RURAL
Anderson Schreiber
- 365 A INTERPRETAÇÃO CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO
PRIVADO
Thiago Ferreira Cardoso Neves
- 387 GISELDA HIRONAKA, SHAKESPEARE E A INDIGNIDADE
NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DAS SUCESSÕES
Fernanda Barbosa Pederneiras
Marcelo L. F. de Macedo Bürger

SOBRE A GUARDA

NOME À IMAGEM
RETIFICAÇÃO POR

a
o de Souza

IDADE PARA O DIREITO
ILIDADE CIVIL POR

TO BRASILEIRO

RIEDADE IMOBILIÁRIA

UENCIALISTA NO DIREITO

SPEARE E A INDIGNIDADE
DAS SUCESSÕES

**407 O SISTEMA DE CAPACIDADE E SEUS REFLEXOS
NO DIREITO CIVIL**

Fernando Gaburri

Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes Agapito

**435 COMPARTILHAMENTO PARENTAL DE
RESPONSABILIDADE NO CUIDADO COM OS
FILHOS**

Martha Solange Scherer Saad

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

**451 A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE
REMANESCENTES DE QUILOMBOS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Marco Aurélio Bezerra de Melo

**471 SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO:
A LONGA E INCONCLUSA TRAJETÓRIA PARA A
IGUALDADE ENTRE AS ENTIDADES FAMILIARES**

Heloisa Helena Barboza

Vitor Almeida

**493 O RESGATE DA IMPORTÂNCIA DA
HISTORICIDADE DA NORMA JURÍDICA E A SUA
INTERAÇÃO DIALÉTICA COM A ECONOMIA:
O contexto histórico-jurídico-econômico do
regime diferenciado do produtor rural no Código
Civil e na Lei de Recuperação e Falência**

Frederico Price Grechi

**567 BREVE REFLEXÃO ACERCA DO CONTEXTO
HISTÓRICO E POLÍTICO QUE DEU ORIGEM À LEI
DE TERRAS DE 1850, NO BRASIL IMPÉRIO**

Antônio Ribeiro Costa Neto

- 583 PLANO DA EXISTÊNCIA: PORQUE ELE "EXISTE"
NO DIREITO PRIVADO INDEPENDENTEMENTE DO
CÓDIGO CIVIL NÃO O TER EXPLICITADO
Rommel Andriotti
- 605 O ABUSO DO DIREITO
Carlos Santos de Oliveira
- 643 A SOCIALIZAÇÃO DA POSSE NA TEORIA
POSSESSÓRIA DE RAYMOND SALEILLES
Mauricio Mota
- 661 OS PRECEDENTES COMO FONTE DO DIREITO
AGRÁRIO E DO AGRONEGÓCIO: UMA PROPOSTA
PARA A ORDEM CIVIL
Antonio Carmelo Zanette
- 681 ATIVIDADE AGRÁRIA E MEIO AMBIENTE
Maria Cecilia Ladeira de Almeida
- 697 AS COLAÇÕES E SUA DISCIPLINA EM FACE DO
DISPOSTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
Elisabete Aloia Amaro
Washington Carlos de Almeida

Vice-
Agronegó

SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO:

A LONGA E INCONCLUSA
TRAJETÓRIA PARA A IGUALDADE
ENTRE AS ENTIDADES FAMILIARES¹

Heloisa Helena Barboza

Professora de Direito Civil da UERJ

Vitor Almeida

Professor de Direito Civil da UFRRJ

¹ O presente trabalho atualiza, revisa e amplia estudo sobre algumas questões relativas à disciplina da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil, sob a égide do Direito Civil Constitucional, divulgado inicialmente em palestra proferida no Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, em setembro de 2006.

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A codificação civil em vigor no Brasil foi elaborada em um contexto jurídico e sociopolítico bastante diverso do instaurado pela Constituição da República (CR) de 1988. Não obstante o esforço de adequação do projeto que lhe deu origem à nova ordem constitucional², os Livros referentes ao Direito de Família e das Sucessões do Código Civil de 2002 (CC/2002) vêm suscitando dúvidas que se mantêm e multiplicam ao longo das quase duas décadas de sua promulgação. As questões iniciais foram potencializadas com o reconhecimento sucessivo de profundas alterações nas relações familiares, quer por força do trabalho do legislador, quer principalmente dos tribunais, das quais são exemplo: a regulamentação dos direitos da criança e do adolescente já em 1990 por força da Lei nº 8.069; as sucessivas flexibilizações dos requisitos constitucionais para o divórcio, que resultaram na sua franca admissão³; o reconhecimento jurídico do parentesco por socioafetividade; o novo e importante papel do cônjuge no regime sucessório; e o longo e árduo debate sobre os direitos sucessórios dos companheiros, ainda não concluído.

O quadro de situações familiares inéditas no Direito brasileiro sofreu forte impacto com a menção às técnicas de reprodução assistida na Lei Civil, de forma de todo modesta e insuficiente, mas com fortes e diretas repercussões na sucessão legítima. A matéria, não obstante sua natureza e importância, foge do estreito escopo do presente artigo⁴.

Neste cenário, existe na sociedade brasileira do Século XXI significativa diversidade de situações familiares, que compreende a família constituída por um casal, hetero ou homossexual, unido pelo casamento ou pela união estável; a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes; e

2 A Lei nº 10.406/2002, é oriunda de Projeto de Lei nº 634-B, de 1975, que teve longa tramitação legislativa, o qual recebeu diversas atualizações. Ver sobre o assunto em: <https://www.camara.leg.br/noticias/24906-historia-do-novo-codigo-civil/> e <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>. Acesso em 28/5/2021.

3 A Emenda Constitucional nº 66, de 2010, deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo todos os requisitos até então existentes. O divórcio, desde então, dispensa motivação ou prazo mínimo de convivência, bastando a vontade de um dos cônjuges para a dissolução do casamento.

4 Ver sobre o assunto BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. "Os desafios da reprodução assistida *post mortem* e seus efeitos sucessórios". No prelo.

outros arranjos familiares, especialmente decorrentes das sucessivas uniões de natureza conjugal, cujo reconhecimento e efeitos se encontram em debate. Na mesma linha estão os vínculos familiares, como o parentesco e afinidade, especialmente depois da admissão do parentesco por socioafetividade, que enseja a multiparentalidade, com direta incidência na sucessão legítima.

A complexa rede de relações familiares contemporâneas produz múltiplos efeitos jurídicos, especialmente, permita-se a insistência, no campo sucessório. O presente artigo volta-se para a sucessão do cônjuge e do companheiro, os quais na redação original do Código Civil tinham diferentes modos de suceder e partilhar, que foram aparentemente “unificados”, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), a ser analisada adiante. A redação da lei, no que tange à sucessão legítima do cônjuge, não prima pela clareza e sua interpretação se tornou especialmente tormentosa após o entendimento do STF. Em consequência, a aplicação dos dispositivos legais de início destinados à sucessão legítima do cônjuge à sucessão dos companheiros exige redobrado esforço do intérprete. A tarefa não é fácil, visto que se, por um lado, os conceitos e princípios que são próprios do Direito das Sucessões não devem ser abandonados, embora construídos no antigo regime, por ampararem a própria construção do Código Civil, por outro, impõe-se a observância dos princípios constitucionais sobre os quais repousa a equiparação apontada pelo STF, em consonância com o ordenamento jurídico por eles regido.

Busca-se, com base em pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, particularmente da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, à luz da metodologia do Direito Civil Constitucional, contribuir com o encaminhamento de algumas questões relativas ao atual regime de sucessão dos cônjuges e dos companheiros, que aguardam solução conforme as diretrizes constitucionais.

II. O PAPEL DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO ATUAL

O Direito das Sucessões constitui uma das mais tradicionais divisões do Direito Civil. Encontrando raízes no Direito romano, esteve sempre intimamente ligado à ideia do direito de propriedade, servindo durante séculos como um dos meios de distribuição de bens. Sua estrutura no Direito brasileiro guarda íntima relação como o Direito de Família, que estabelece as relações

de parentesco e de conjugalidade, sobre as quais assenta a sucessão legítima. Não obstante essa integração profunda com as relações familiares, o Direito das Sucessões brasileiro preservou sua feição eminentemente patrimonial.

O processo de constitucionalização do Direito Brasileiro fez-se forte no Direito Civil, em particular no Direito de Família, não sendo possível excluir o Direito das Sucessões da filtragem constitucional. Nessa linha, cabe lembrar que, como natural desdobramento da nova ordem jurídica, as relações patrimoniais, desde então, se encontram em franco processo de construção e reconstrução, na medida em que o patrimônio, ao ser removido da posição de viga central do sistema jurídico privado, assumiu novo papel, transformando-se em instrumento de realização das potencialidades humanas. Deve-se destacar que o trabalho de construção, dedicado a novos conceitos, tem sido, não raro, árduo, porém, muito mais exigente é o de (re)construção dos institutos já existentes, uma vez que é indispensável “ler” os dispositivos que repetem a redação da lei anterior, com novas “lentes”, sob pena de subtrair à norma civil sua função maior: a de conferir efetividade aos mandamentos constitucionais.

À semelhança das demais partes do Direito Civil, como de todas as normas infraconstitucionais, submetem-se as relações sucessórias à orientação constitucional, estando, por conseguinte, funcionalizadas e comprometidas com a proteção da pessoa humana.

Nesses termos, o direito à herança, assegurado pela Constituição da República (art. 5º, XXX), como direito fundamental, há de ser regulamentado, interpretado e aplicado à luz dos princípios constitucionais, particularmente os da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da solidariedade, permitindo a concreção dos objetivos da República, dentre os quais se destacam o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e o de promover o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação (artigos 1º, III, 3º, I e IV). Não pode o legislador ordinário, a quem compete a disciplina da matéria, se afastar dessas diretrizes.

A função da herança não mais se esgota na preservação da propriedade privada. Embora não deixe de ser uma forma de “amparo” à família, a herança tem, desde 1988, função mais relevante: a de contribuir para a proteção da pessoa humana, assegurando-lhe condições dignas de sobrevivência e permitindo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

O sistema misto brasileiro de atribuição da herança, ao permitir ao indivíduo dispor de metade da herança, se tiver herdeiros necessários, harmoniza-se com a orientação constitucional, na medida em que, de um lado, preserva os direitos à liberdade (aqui traduzida em autonomia) e à propriedade, e de outro assegura aos integrantes da família uma parcela do patrimônio do autor da herança, efetivando o princípio da solidariedade familiar.

Indispensável, porém, que essa participação compulsória se dê em harmonia com os cânones constitucionais, ou seja, com estrita observância dos princípios estabelecidos na Constituição, mormente dos que regem as entidades familiares.

III. CONCEITOS GERAIS E ESPECIAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES: RELEITURA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As regras sucessórias, de modo geral, são constituídas com base em conceitos específicos do Direito das Sucessões, tais como herdeiro, herança, legatário e, de forma expressa ou implícita, por conceitos pertencentes a outras partes do Direito Civil, em especial do Direito de Família. Um dos mencionados conceitos não específicos, que parecia pacificado até 1988, originou controvérsias que desaguaram diretamente no reconhecimento da legitimidade sucessória dos companheiros e dos direitos que lhe são inerentes.

A Constituição Federal contemplou três tipos de entidades familiares, a saber: o casamento, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada família monoparental. O Código Civil atribuiu direito sucessório aos integrantes dessa três entidades, nomeadamente: cônjuges, companheiros, descendentes, ascendentes e demais parentes até o quarto grau. De pronto, duas indagações foram postas: teria sido observada plenamente a orientação constitucional? Em outras palavras, foi atendida a função atual da herança?

A resposta a esta pergunta passa necessariamente por duas outras questões: (a) o elenco constitucional de entidades familiares seria exaustivo? Ou seja, só devem ser reconhecidas como famílias as entidades expressamente mencionadas na Constituição?; (b) são as entidades familiares iguais ou haveria hierarquia entre elas? Se há hierarquia, qual a superior? Mais importante, o que legitimaria esta hierarquização?

O debate sobre a matéria é antigo e repercute ao longo do tempo diretamente no campo sucessório. Não obstante a significativa evolução do entendimento da questão promovida pelo STF, parte da doutrina ainda defende, a partir da letra do § 3º, do art. 226 da Constituição, a existência de hierarquia entre as entidades familiares, instituída pela Constituição, que teria proclamado o casamento como o modelo de família a ser protegida pela lei⁵, como já assinalou o STF:

Essa é uma questão importante, pois, para parcela da doutrina e da jurisprudência, o fato de o texto constitucional prestigiar a facilitação da conversão da união estável em casamento significa que o constituinte conferiu um tratamento privilegiado às uniões matrimoniais. Segundo esse entendimento, tal privilégio autorizaria o legislador a instituir, de forma legítima regimes jurídicos diversos para as duas entidades familiares, inclusive quanto à questão sucessória.⁶

Efetivamente, esse argumento poderia, se acolhido, justificar uma interpretação do que autorizasse a restrição dos direitos sucessórios dos companheiros, em verdadeiro retrocesso, se considerada a orientação legislativa precedente.⁷

Cabe lembrar que se formaram três correntes em torno do problema da equiparação da união estável ao casamento, a saber: (a) a primeira que considera o casamento o modelo ideal de entidade familiar, razão pela qual deve ter tratamento diferenciado em relação à união estável; (b) a segunda que entende estarem o casamento e a união estável no mesmo grau de hierarquia, devendo ter tratamento igualitário; (c) a terceira que não os entende iguais quanto aos efeitos decorrentes do ato solene, embora equivalentes como relação familiar⁸.

5 Esclarecendo a questão ver TEPEDINO, Gustavo. "A disciplina civil-constitucional das relações familiares". In BARRETO, Vicente (organizador). *A nova família: problemas e perspectivas*, 1997, pp. 58-59.

6 RE 878694/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/5/2017.

7 Ver sobre o tema TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. "Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. v. IV". Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 539-543.

8 Idem, p. 541.

Não obstante as respeitáveis opiniões em contrário, nada na Constituição Federal autoriza tal distinção, cabendo frisar que eventual distinção só poderia ser estabelecida em sede constitucional. Ao contrário, os que já se dedicaram a analisar a questão enumeram argumentos que demonstram não ter cabimento tal hierarquização, que decorreria de interpretação do art. 226, § 3º, da Constituição da República, que conferiria prevalência ao casamento. Tal entendimento, porém, não se harmoniza com os demais princípios constitucionais, na medida em que conduz à “criação” de famílias de “segunda classe”, de todo incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, estrutural do sistema.

Observe-se que a eventual diferença entre as entidades familiares legitimaria um tratamento sucessório diferenciado entre os cônjuges e os companheiros. Porém, se não há tal hierarquização, a lei ordinária não estaria autorizada a estabelecer discriminações, muito menos para suprimir direitos de qualquer natureza.

É necessário que se façam algumas distinções. Tratando-se de relações patrimoniais, diferenças são admissíveis no plano interno da entidade familiar, entre seus integrantes, no espaço de exercício da autonomia, e desde que não haja contrariedade à lei ou aos princípios constitucionais. Assim podem os integrantes do casal (cônjuges ou companheiros) escolher o regime de bens que querem adotar.

Contudo, igual permissão não se verifica no plano externo da entidade familiar, onde a diversidade de tratamento dos integrantes da família, ainda que em matéria patrimonial, acaba por atingir a esfera de proteção à pessoa, o campo não patrimonial, no qual não se admitem diferenças que não estejam legitimadas pela Constituição da República. Em outras palavras, todos os que ocupam o mesmo lugar nas famílias, isto é, exercem as mesmas funções, devem ter igual tratamento. O cônjuge A pode ser casado por um regime de bens diverso do cônjuge B, porque assim pactuou com seu consorte, mas A não pode ter direitos ou deveres – estabelecidos por lei – distintos dos de B. O eventual tratamento legal diferenciado seria discriminatório, ferindo o princípio da igualdade. O mesmo deve ocorrer na união estável. Observe-se que embora a Constituição da República não tenha estipulado expressamente a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros, como fez para os

cônjuges (art. 226, § 5º), não se questiona o reconhecimento dessa igualdade também entre os companheiros, considerando da comunhão de vida existente entre eles, com objetivo de constituição de uma família.

Em boa hora e plena consonância com os princípios constitucionais da dignidade humana, da solidariedade e da igualdade, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), desde 2006, reconheceu o direito real de habitação ao(a) companheiro(a) sobrevivente, com base no art. 7º, da Lei nº 9.278/1996⁹, o qual lhe era negado, em razão do art. 1.831, do Código Civil, não o citar expressamente.

9 “O Código Civil de 2002 não revogou as disposições constantes da Lei nº 9.278/1996, subsistindo a norma que confere o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal matéria em relação aos conviventes em união estável, consoante o princípio da especialidade”. AgRg no REsp. nº 1.436.350/RS, 3ª Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12/4/2016. “5. O direito real de habitação é *ex lege* (art. 1.831 do CC/2015 e art. 7º da Lei nº 9.272), vitalício e personalíssimo, o que significa que o cônjuge ou companheiro sobrevivente pode permanecer no imóvel até o momento do falecimento. Sua finalidade é assegurar que o viúvo ou viúva permaneça no local em que antes residia com sua família, garantindo-lhe uma moradia digna. 6. O advento do Código Civil de 2002 deu ensejo à discussão acerca da subsistência do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Essa questão chegou a este Tribunal Superior, que firmou orientação no sentido da não revogação da Lei nº 9.278/1996 pelo Código Civil de 2002 e, consequentemente, pela manutenção do direito real de habitação ao companheiro supérstite. 7. Aos herdeiros não é autorizado exigir a extinção do condomínio e a alienação do bem imóvel comum enquanto perdurar o direito real de habitação (REsp 107.273/PR; REsp 234.276/RJ). A intromissão do Estado-legislador na livre capacidade das pessoas disporem dos respectivos patrimônios só se justifica pela igualmente relevante proteção constitucional outorgada à família (203, I, Constituição Federal de 1988), que permite, em exercício de ponderação de valores, a mitigação de um deles – *in casu* – dos direitos inerentes à propriedade, para assegurar a máxima efetividade do interesse prevalente, que na espécie é a proteção ao grupo familiar. 8. O direito real de habitação tem caráter gratuito, razão pela qual os herdeiros não podem exigir remuneração do companheiro sobrevivente pelo uso do imóvel. Seria um contrassenso atribuir-lhe a prerrogativa de permanecer no imóvel em que residia antes do falecimento do seu companheiro, e, ao mesmo tempo, exigir dele uma contrapartida pelo uso exclusivo”. REsp. nº 1846167 / SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 9/2/2021. No mesmo sentido o enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal: “O direito real de habitação deve ser entendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988”.

quarta parte da herança para o viúvo, quando concorrer com filhos que tenha em comum com o autor da herança, nos termos do art. 1.832 da Lei Civil. De acordo com o mesmo artigo, em concorrência com outros descendentes, filhos exclusivos do *de cujus*, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. O disposto no citado art. 1.832 suscitou vários e interessantes questionamentos, especialmente quando concorrem com o cônjuge sobrevivente filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança. O exame da matéria foge, porém, ao escopo do presente trabalho.

Nos termos do art. 1.830, do CC/2002, 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. O dispositivo exige interpretação, para adequá-lo às diretrizes constitucionais sobre dissolução do casamento, após a Emenda Constitucional (EC) nº 66, de 13 de julho de 2010. O entendimento dessa exigência e sua justificativa é de todo importante para o exame comparativo com a situação dos companheiros a ser feita adiante.

Parece não haver divergência quanto a conter o art. 1.830, do Código Civil, os requisitos da legitimidade do cônjuge sobrevivente para suceder, quer em concorrência com descendentes ou ascendentes, quer como herdeiro único. Como esclarece Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹¹, se a relação conjugal se encontrava rompida, judicialmente ou de fato, não se justifica a participação sucessória do supérstite no acervo hereditário.

A redação do artigo em análise não é das mais felizes. Evidencia-se, porém, o intuito do legislador de afastar o cônjuge que não mais mantinha vida em comum com o falecido¹². Contudo, a separação de fato para excluir o viúvo da sucessão deve ter mais de dois anos e ter ocorrido sem culpa do cônjuge so-

11 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Comentários ao Código Civil, vol. XX, Parte especial do Direito das Sucessões". Coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 221.

12 "Art. 1.830. 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".

brevivente, na letra do art. 1.830, cabendo-lhe fazer tal prova¹³. É necessário, porém, que se examinem os requisitos para afastamento do viúvo à luz dos efeitos da Emenda Constitucional nº 66/2010.

A EC nº 66/2010 deu nova redação ao § 6º, do art. 226, da Constituição da República, para estabelecer que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. Encerrou-se, assim, a série de requisitos para obtenção do divórcio, que desde sua admissão no Brasil em 1977, constavam do texto constitucional. A partir de então, boa parte da doutrina argumenta, em síntese, não haver razão para que a separação judicial exija prazo mínimo de convivência ou seja motivada, quando o divórcio não o é¹⁴.

Nessa linha, a exigência de prazo mínimo para a separação de fato e, principalmente, a apuração de culpa pela ruptura da vida conjugal para qualquer fim, tornam-se estranhas. O casamento estabelece comunhão plena de vida, que se presume seja baseada no afeto. Essa comunhão é a essência da vida conjugal e, por conseguinte, quando não mais existe é sinal de que o casamento terminou. Em tal situação os cônjuges podem dissolver o vínculo conjugal a qualquer momento, sem prazo mínimo e sem apuração de culpa.

Observe-se que o prazo mínimo de separação de fato e a verificação de culpa previstos no art. 1.830 são congruentes com as regras para o divórcio constantes do art. 1.580 do Código Civil, que sucumbiram por força da EC nº 66/2010. Qual a razão para se manterem tais exigências para fins de participação na sucessão? É razoável entender que foram atingidas igualmente pela EC nº 66/2010 e não mais subsistem, por não terem cabimento no perfil de-

13 Nesse sentido decidiu o STJ no julgamento do REsp. nº 1.513.252/SP: "1. A sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos é exceção à regra geral, de modo que somente terá direito à sucessão se comprovar, nos termos do art. 1.830 do Código Civil, que a convivência se tornou impossível sem sua culpa. 2. Na espécie, consignou o tribunal de origem que a prova dos autos é inconclusiva no sentido de demonstrar que a convivência da ré com o ex-marido tornou-se impossível sem que culpa sua houvesse. Não tendo o cônjuge sobrevivente se desincumbido de seu ônus probatório, não ostenta a qualidade de herdeiro. 3. Recurso especial provido". REsp. nº 1.513.252-SP, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 3/11/2015, p. 12/11/2015.

14 Ver por todos o artigo seminal de TEPEDINO, Gustavo. "O Papel da culpa na separação e no divórcio". In *Temas de Direito Civil*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*. Sobre o assunto ver também TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 127-135

lineado pela Constituição da República para as entidades familiares, no qual predomina a autonomia das pessoas para constitui-las e desfazê-las.

A interpretação do art. 1.830 no contexto da dissolução do casamento sob a orientação da EC nº 66/2010 conduz ao entendimento de que somente deve ser reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente e de fato, sem qualquer outra exigência.

Regime sucessório dos companheiros

No que tange a direitos sucessórios, os companheiros receberam, na redação original do Código Civil de 2002, tratamento bastante diferente do atribuído ao cônjuge. Apenas o art. 1.790 dispunha sobre a sucessão das pessoas que mantinham união estável, dispositivo estranhamente inserido no capítulo das disposições gerais, que inaugura o livro das Sucessões do Código Civil¹⁵.

Esse regime verdadeiramente discriminatório foi submetido à apreciação do STF, que no julgamento do RE nº 646721/RS reconheceu de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, e afirmou, com repercussão geral, a 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”.

Na mesma oportunidade, o STF ratificou seu entendimento sobre a pretensa “hierarquização” das entidades familiares:

15 Nos termos do art. 1.790, reconhecido como inconstitucional, o companheiro participaria da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições ali estabelecidas. Desse modo, se concorresse: 1) com filhos comuns, teria direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; 2) com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-ia a metade do que coubesse a cada um daqueles; 3) com outros parentes sucessíveis, teria direito a um terço da herança. Se não houvesse parentes sucessíveis, teria direito à totalidade da herança. Não havia requisitos para o reconhecimento do direito sucessório do companheiro sobrevivente. Além disso, o art. 1.790 desafiava a proteção constitucional devida aos companheiros (Constituição Federal, art. 226, § 3º). A redação pouco clara do dispositivo gerou interpretações divergentes, algumas prejudiciais aos companheiros, quando considerada a situação sucessória dos cônjuges, sem que se apresentassem fundadas razões para tanto.

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, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a ‘inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico’, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, Relator Ministro Ayres Britto, j. 5/5/2011).¹⁶

Efetivamente, o reconhecimento da igualdade entre casamento e união estável era – e continua sendo – questão determinante dos direitos sucessórios reconhecidos aos companheiros. Encontram-se na doutrina manifestações que de há muito defendem a equiparação entre cônjuges e companheiros, as quais merecem menção na medida em que os argumentos apresentados não devem ser preteridos e podem auxiliar na solução dos problemas que já estão postos em decorrência da aplicação do art. 1.829 à sucessão dos companheiros.

Como esclarece Ana Luiza Maia Nevares, uma interpretação dentro da legalidade constitucional, mesmo diante de situações diversas como o casamento e a união estável, não autoriza uma tutela sucessória discrepante, para conferir mais direitos sucessórios a uma ou outra entidade familiar, “pois ambas constituem família, base da sociedade, com especial proteção do Estado (CR, art. 226, *caput*)”. Destaca, ainda, a autora que a família é o “organismo social legitimador de determinada pessoa à sucessão, em virtude do dever de solidariedade que informa as relações familiares”¹⁷.

Nessa linha, defende-se que a inexistência de hierarquia entre as entidades familiares reconhecidas pela Constituição implica a igualdade de direitos existenciais e patrimoniais entre elas, em tudo que for compatível com a natureza das diferentes famílias, e especialmente por força dos preceitos

16 RE 646721/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para acórdão Ministro Roberto Barroso, j. 10/5/2017.

17 NEVARES, Ana Luiza Maia. “A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional”. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 216.

constitucionais que regem a matéria (CR, art. 226 e parágrafos). Além disso, as funções dos integrantes na família não diferem em razão de serem ou não casados. Em consequência, nada legitima tratamento diferenciado para pessoas que exercem a mesma função familiar, salvo quando decorrente de ato de sua própria vontade, respeitados os limites legais e constitucionais.

A tese da superioridade do casamento veio a ser afastada pelo STF, como acima referido¹⁸, tendo a Corte Suprema no julgamento do RE nº 878694/MG¹⁹, claramente, não apenas ratificado a inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre casamento e união estável, como igualmente ratificado de modo expresso o entendimento de haver igualdade dos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, sob pena de inconstitucionalidade, nos termos da tese firmada no RE nº 646721/RS antes transcrita.

Estabelecido ficou, por conseguinte, um dos pilares centrais da construção, ainda em curso, dos direitos sucessórios dos companheiros, a qual deve se desenvolver à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso, além dos princípios que regem as relações familiares, como o da solidariedade.

V. APLICAÇÃO DO ART. 1.829 À SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS: QUESTÕES PENDENTES

A partir da decisão do STF no RE 878694/MG, foi instaurado um novo regime sucessório para os companheiros, regido pelo art. 1.829 do Código Civil. Se, por um lado, foi corrigida uma diferença injustificável, por outro não se pode dizer que os problemas existentes foram resolvidos. O artigo em questão não prima pela clareza e sua aplicação à sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes tem gerado uma série de dúvidas.

Questão inicial a ser enfrentada diz respeito à incidência (ou não) do art. 1.830 no caso de sucessão pelo companheiro, lembrando que se trata da verificação da legitimidade para suceder, como antes assinalado. Destacou-se acima o intuito do legislador de contemplar o cônjuge sobrevivente que es-

18 ADI nº 4277/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Brito, j. 5/5/2011.

19 RE 878694/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/5/2017.

tivesse convivendo com o autor da herança, não mais se justificando admitir que a separação de fato e muito menos as condições a ela impostas (tempo máximo e culpa) tenham o condão de conferir direito sucessório ao viúvo. Na feliz expressão de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, permita-se a repetição em virtude de sua clareza, se a relação conjugal se encontrava rompida, judicialmente ou de fato, não se justifica a participação sucessória do supérstite no acervo hereditário²⁰.

No caso dos companheiros há uma característica própria da união estável a ser analisada. No casamento existe o dever de vida em comum, no domicílio conjugal (art. 1.566, II, CC/2002), o que torna mais fácil a prova da convivência. Este dever, contudo, não é previsto para os companheiros (art. 1.724, CC/2002), sendo mesmo dispensável para configuração da união estável, conforme súmula 382 do STF²¹, e entendimento consolidado do STJ²². A convivência constitui prova importante da existência da entidade familiar, mas não essencial.

A ausência de coabitação não significa ou se equipara à falta de convivência, que se revela por outras condutas e ações cotidianas. Nada autoriza, todavia, que se dispense a convivência exigida pelo legislador para configurar a união estável (art. 1.723, CC/2002), a qual efetivamente justifica a participação no acervo hereditário, destinado à família. Assim sendo, a falta de domicílio ou moradia comum, por si só, não deve afastar o companheiro sobrevivente da sucessão, mas é necessária prova da comunhão plena de vida e de interesses, da mútua assistência e recíproca dedicação entre parceiros. Não

20 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, op. cit., p. 221.

21 Enunciado nº 382 da Súmula do STF: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato".

22 Segundo entendimento consolidado no STJ, a coabitação não é elemento indispensável à caracterização da união estável. V. AgRg no AREsp nº 649786/GO, 3ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 4/8/2015, p. 18/8/2015; AgRg no AREsp nº 223319/RS, 3ª Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, j. 18/12/2012, p. 4/2/2013; AgRg no AREsp 059256/SP, 3ª Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, j. 18/9/2012, p. 4/8/2012; AgRg nos EDcl no REsp 805265/AL, 3ª Turma, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), j. 14/9/2010, p. 21/9/2010; REsp 1096324/RS, 4ª Turma, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), j. 2/3/2010, p. 10/5/2010; REsp 275839/SP, 3ª Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, Relator para Acórdão Ministra Nancy Andrichi, j. 2/10/2008, p. 23/10/2008.

há, porém, que se cogitar de um tempo mínimo de convivência, não exigido pelo legislador para caracterizar a união estável.

No que concerne à concorrência com os descendentes e ascendentes (art. 1.829, I e II) e ao modo de partilhar em tais casos (artigos 1.832 e 1.837), devem ser observadas as exigências estabelecidas pela Lei Civil para cada hipótese. Não há até aqui nenhuma razão para se privilegiar o casamento ou a união estável, excepcionando o previsto no art. 1.829, do Código Civil. Conforme o inciso I, o companheiro concorrerá com os descendentes, salvo se o casal tivesse adotado o regime de comunhão universal, ou se, no regime de comunhão parcial de bens, que tem natureza supletiva (art. 1.725, CC/2002), o autor da herança não houver deixado bens particulares.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na união estável de pessoa maior de 70 anos (art. 1.641, II, do CC/2002), impõe-se o regime da separação obrigatória, sendo possível a partilha de bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum²³. Cabe indagar se esse entendimento vale para excluir o companheiro da concorrência com os descendentes, como prevê o item I, do art. 1.829, do CC/2002. A imposição da separação obrigatória para os cônjuges em razão de idade tem sido alvo de duras e merecidas críticas. Efetivamente não há (ou não foram apresentados) no momento em que a expectativa de vida no Brasil é de 75,8 anos²⁴ argumentos razoáveis que sustentem esse tipo de restrição aos idosos.

O STJ entende que a *ratio legis* foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace²⁵. Essa tese de proteção, sem acréscimo de qualquer novo argumento não merece se manter, pois afronta o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), segundo o qual é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Po-

23 "É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de 60 anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento". REsp 1.403.419/MG, 3ª Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11/11/2014, p. 14/11/2014.

24 Disponível: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-12/expectativa-de-vida-do-brasileiro-e-de-758-anos-diz-ibge>. Acesso em 5/5/2018.

25 REsp 1689152/SC, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 24/10/2017.

der Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito e convivência familiar e comunitária (art. 3º). Cuida-se de ofensa à autonomia individual e à dignidade da pessoa idosa sob o manto de um discurso protetivo, mas que, a rigor, exclui do controle da sua própria vida.

De acordo com o art. 10, da mesma lei, é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais (art. 10, § 2º).

Causa espécie, com a máxima vênia, o intuito de proteger os herdeiros necessários do idoso, já protegidos pela reserva legal, com sacrifício de seus direitos fundamentais, o que confere ao argumento feição de *pacta corvina*. Por essas razões não parece razoável se estender aos companheiros uma restrição a sua autonomia, que carece de previsão legal e é criticável mesmo quando se trata dos cônjuges. Possivelmente muitos casais tenham optado por viver em união estável para escapar dessa imposição legal, que a final vem a atingi-los por força do entendimento jurisprudencial.

A identificação do regime de bens adotado pelos companheiros é, como se vê, fundamental para determinar se concorrem ou não com os descendentes do falecido. Na presença de pacto de convivência que tenha estipulado o regime de bens a questão se simplifica. Em caso contrário, deve se aplicar a regra supletiva do art. 1.725 do Código Civil ²⁶ e considerar o regime de comunhão parcial de bens, como acima observado.

É indispensável destacar que todas as dificuldades referentes à concorrência do cônjuge com descendentes, como as que envolvem a aplicação do art. 1.832 no caso de haver filhos comuns do casal e exclusivos do falecido, se estendem aos companheiros. Essas questões ainda se encontram em aberto, em razão da existência de sucessivos casamentos e/ou uniões estáveis.

²⁶ "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".

Um dos pontos centrais, se não o mais importante, das controvérsias instauradas pela unificação dos regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, por força da decisão do STF já mencionada, é o reconhecimento da sua qualidade (ou não) de herdeiro necessário, visto que não foi incluído no rol constante do art. 1.845 do Código Civil. A questão não foi tratada pelo STF nas decisões acima mencionadas. Contudo, a Corte Suprema foi provocada a se manifestar sobre a matéria em razão dos embargos de declaração no Recurso Extraordinário 878.694-MG, tendo assim se pronunciado por unanimidade:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL APLICABILIDADE DO ART. 1.845 E OUTROS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL ÀS UNIÕES ESTÁVEIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. 1. Embargos de declaração em que se questiona a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges. 2. A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos. 3. Embargos de declaração rejeitados.

Como se vê, a Corte Suprema silenciou sobre o reconhecimento (ou não) dos companheiros como herdeiros necessários, ponto de crucial importância para os companheiros, que por não terem reconhecida esta qualidade voltam a ficar ao desamparo. Observe-se que, a teor do art. 1.789, tem o companheiro liberdade para dispor de sua herança, e, se assim desejar, simplesmente excluir o outro de sua sucessão por testamento. Embora seja o terceiro na ordem de vocação hereditária, por força de aplicação do disposto no art. 1.829, III, do Código Civil, ao que se pode deduzir do entendimento do STF, o companheiro não tem assegurado o direito à legítima, visto não ser reconhecido como herdeiro necessário, excluído que foi do elenco constante do art. 1.845, que acolheu expressamente o cônjuge. Permanece, portanto, pendente de solução questão central para a proteção sucessória do companheiro, o impõe retomar e insistir nas razões que autorizam sua inclusão no rol dos herdeiros necessários, ainda que por força de decisão judicial.

A legítima tem amparo no princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CR) que rege as relações familiares. A proteção do cônjuge no Código Civil foi robustecida com sua inclusão no rol dos herdeiros necessários, tendo ainda assegurada sua participação na herança quando concorre com descendentes ou ascendentes ou se chamado a suceder por ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária (art. 1.829, I, II e III).

A união estável, como acima destacado, é entidade familiar que tem assegurada proteção constitucional. O tratamento discriminatório que lhe fora atribuído pelo Código Civil foi rejeitado pelo STF, que expressamente reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 da Lei Civil. Cônjuges e companheiros tem a sucessão regida, desde então, pelo art. 1.829, do Código Civil. Nenhum sentido tem a aplicação desse artigo, que autoriza sua concorrência com herdeiros necessários na classe dos descendentes e dos ascendentes, mas não lhe assegura – como é garantido ao cônjuge – o recebimento da herança como terceiro na ordem de vocação hereditária.

Essa verdadeira contradição que decorre da não observância do sistema sucessório, em seus conceitos e regras, existente no Código Civil, afronta a Lei Maior e configura verdadeiro retrocesso, eis que melhor situação hereditária havia na legislação anterior²⁷. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a solução para o problema não pode cingir o intérprete à declaração formal do artigo em exame, pois lhe cabe “a missão de identificar, no sistema da lei, outros elementos capazes de confirmar ou desmentir aquela declaração”. Após minucioso exame da questão a partir do art. 1.790, o autor conclui ser o companheiro herdeiro necessário²⁸.

Observe-se, ainda, que, fora do artigo 1.829, aplicável por força da decisão do STF, poucas são as previsões legais que contemplam o companheiro²⁹, após

27 A Lei nº 8.971/1994, art. 2º, conferia ao companheiro sobrevivente, na falta de descendentes e de ascendentes, direito à totalidade da herança.

28 PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Direito Civil, v. VI”. 17ª edição, revisada e atualizada por MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 146-150.

29 Mencionam o companheiro no Código Civil, no Livro V, Do Direito das Sucessões, os artigos: 1.797, I, 1.801, I, 1.802, parágrafo único, 1.814, I e II, 1.844, 1.963, III.

a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790. Nenhuma delas, porém, lhe é exclusiva e muito menos tem a importância do art. 1.829 e, principalmente, do art. 1.845. Necessário que lhe sejam aplicados todos os dispositivos legais destinados aos cônjuges, respeitadas as peculiaridades de cada entidade familiar, de que é exemplo o dever de coabitação acima examinado. Sem essa compreensão, prejudicada está, de modo grave, a igualdade sucessória indicada pelo STF.

Nesses termos e numa linha de coerência que se impõe com o próprio entendimento do STF, parece razoável entender que os companheiros são herdeiros necessários, com todos os direitos e deveres que são próprios a essa qualidade de herdeiros.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observa Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, com argúcia, “a principal celeuma que exsurge é saber, ao certo, qual o real alcance da equiparação sucessória feita pelo STF”. Indaga a autora “se a equiparação seria plena para todos os fins sucessórios. Em caso positivo para esta última indagação, teria o STF alçado o companheiro ao posto de herdeiro necessário ao lado do cônjuge?”.³⁰

Em busca da resposta a essas indagações foram tecidas as considerações acima, na convicção de que não há, nem pode haver, distinções entre as famílias, salvo as que atendam suas próprias características, sob pena de afronta à Constituição da República.

Rio de Janeiro, junho de 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Comentários ao Código Civil. vol. XX, Parte especial do Direito das Sucessões”, Coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo, Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código civil”. In SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coordenadores). *Direito Civil: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.

30 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil”. In SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coordenadores). *Direito Civil: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 737-757.

NEVARES, Ana Luiza Maia. "A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional". Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. "A disciplina civil-constitucional das relações familiares". In BARRETO, Vicente (organizador). *A nova família: Problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. "O papel da culpa na separação e no divórcio". In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. "Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. IV". Rio de Janeiro: Renovar, 2014.