

O CÔNJUGE E O COMPANHEIRO COMO HERDEIROS NECESSÁRIOS

Mário Luiz Delgado*

Resumo: O objetivo deste trabalho é refletir sobre a chamada “sucessão legítima ou necessária”, suas origens, fundamentos e o estado atual da arte. Partindo do elenco de herdeiros privilegiados pelo art. 1.845 do Código Civil, o texto concluirá pela necessidade de se revisitar o instituto da legítima. Interpretando as decisões da Suprema Corte do Brasil, quanto à extensão do regime sucessório do Casamento à União Estável, o trabalho também demonstrará que o companheiro sobrevivente não foi incluído no rol de herdeiros necessários.

Palavras-Chave: Sucessão legítima. Herança necessária. Herdeiros necessários [legitimários]. Descendentes. Ascendentes. Casamento. Cônjuge sobrevivente. União estável. Companheiro sobrevivente.

Sumário. 1. Considerações iniciais sobre a sucessão legítima ou necessária – 2. Os fundamentos da legítima e o estado atual da arte– 3. A ampliação do rol de herdeiros necessários com o ingresso do cônjuge sobrevivente– 4. A pretensão de se estender a designação legítima ao companheiro sobrevivente– 4.1. Ainda subsistem distinções entre casamento e união estável– 4.2. Interpretando as decisões da Suprema Corte brasileira no que tange à extensão de regras da sucessão do cônjuge à sucessão do companheiro– 4.3. O companheiro não é herdeiro

* Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -PUC-SP. Professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM. Diretor de Assuntos Legislativos do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Advogado.

necessário de acordo com o direito sucessório brasileiro– 5. Conclusões.

SPOUSES AND PARTNERS AS FORCED HEIRS UNDER BRAZILIAN INHERITANCE LAW

Abstract: This work intends to analyse the so-called "forced succession", its origins, its legal grounds and the current state of art. Starting from the cast of forced heirs named by Brazilian Civil Code, the paper concludes by the need to revisit the institutes of the intestate succession and the forced inheritance. Interpreting Brazilian Supreme Court's decisions about succession rules in common-law marriages, this paper also concludes that a surviving partner is not a forced heir under Brazilian inheritance law.

Keywords: Intestate succession. Forced inheritance. Forced [mandatory] heirs. Descendants. Ascendancy[Parents]. Marriage. Surviving spouse. Common-law marriage. Surviving partner.

Summary: 1. Initial considerations about the so-called "forced succession" – 2. The legal grounds of forced succession and the current state of art– 3. Extending the cast of forced heirs to include the spouse– 4. The claim to include surviving partners in common-law marriages in the cast of forced heirs– 4.1. There are fundamentally different characteristics in marriage and in common-law marriage– 4.2. Interpreting Brazilian Supreme Court's decisions about succession rules in common-law marriages– 4.3. Common-law marriage couples are not forced heirs under Brazilian inheritance law– 5. Conclusion.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A SUCESSÃO LEGÍTIMA OU NECESSÁRIA.



bserva com muita propriedade Oliveira Ascensão que não obstante a função do Direito das Sucessões seja a de servir à continuidade através das gerações, frequentemente a sucessão se traduz em ruptura, fazendo eclodir dramas familiares decorrentes de disputas patrimoniais¹. Essa realidade de ruptura torna-se especialmente dramática quando as regras legais cogentes se encontram dissociadas dos anseios sociais, afastando-se de uma expectativa geral que concilie a vontade presumida do autor da herança com os interesses e aspirações dos herdeiros².

No Brasil isso ocorre principalmente em relação à chamada sucessão necessária, adotando-se, aqui, a divisão tripartite dos títulos sucessórios, vale dizer, sucessão legítima, sucessão testamentária e sucessão necessária, forçosa ou legitimária³.

¹ “À volta da herança suscitam-se dramas familiares; assiste-se à dissolução precoce da coesão da família de sangue; e criam-se bloqueios no próprio fluir das relações patrimoniais”. ASCENSÃO, José Oliveira. *O herdeiro legítimo*. Texto de conferência proferida em 6.XII.96 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>. Acesso em: 07/12/2017).

² Para Ascensão, “a lei não se mostra adequada para atalhar a este estado de coisas; talvez não esteja sequer interessada em fazê-lo. As soluções mais simples não são facilitadas. Tudo para gáudio da burocracia”.(Idem)

³ A doutrina portuguesa costuma aludir a duas modalidades de sucessão (ou de vocação) subdivididas em quatro subtipos. A sucessão legal, subdividida em sucessão legítima e sucessão legitimária, e a sucessão voluntária, subdividida em sucessão testamentária e sucessão contratual, esta última prevista no art. 2.028 do CC Português, quando alguém, por contrato, renuncia a herança de pessoa viva. Essa divisão é questionada por Oliveira Ascensão: “*A sucessão legitimária será verdadeiramente uma figura autónoma? Não será uma mera excepção à sucessão testamentária? Ou quiçá um aspecto da sucessão legítima?*” (Ibidem). Paulo Luiz Neto Lôbo também considera a sucessão necessária abrangida pela sucessão legítima: “Entre os herdeiros legítimos há os que o direito tutela de modo especial, garantindo-lhes uma parte intangível da herança, denominada legítima. São os herdeiros necessários. A sucessão legítima necessária, também denominada sucessão legitimária, provém da concepção primitiva e antiga, de ter o patrimônio de ficar, principalmente, no círculo estreito da comunidade doméstica. (...) A finalidade da qualificação legal dos herdeiros necessários, entre os herdeiros legítimos, diz respeito à proteção da parte da herança que não pode ser destinada a outros parentes ou estranhos, mediante atos de liberalidade (doação,

Não se confundem os títulos da sucessão. Na testamentária, o herdeiro (ou legatário) é chamado a suceder pela exclusiva vontade do autor da herança. Na sucessão legítima, o herdeiro é chamado a suceder segundo a ordem de vocação prevista na lei, recolhendo o que lhe couber, tomando por base o patrimônio que existir ao tempo do óbito. Na sucessão legitimária, o herdeiro necessário tem direito à “legítima” e esta é calculada, não apenas com base no valor dos bens existentes à data de abertura da sucessão, mas também sobre o dos bens doados e sujeitos à colação⁴. Em outras palavras, o objeto da sucessão legitimária não coincide, necessariamente, com o objeto da sucessão legítima.⁵

O herdeiro necessário é um privilegiadíssimo personagem do Direito das Sucessões⁶. O seu título lhe confere poder semelhante ao de um credor da herança, relativamente ao valor da sua quota legitimária, a configurar verdadeira dívida do espólio. Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, aludindo aos herdeiros testamentários, colocam que “el herdero es el deudor de la legitima. La deuda de legitima es obligación del caudal relicto. Si existen vários herderos, el gravamen de la legitima es

testamento, partilha em vida), denominada legítima ou parte disponível”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 74).

⁴ CCB/2002: Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

⁵ A distinção entre herdeiro necessário e herdeiro legítimo é muito bem descrita por Oliveira Ascensão: “Não só o estatuto legal que lhe corresponde é distinto, como há uma diferença fundamental: o objeto da sucessão que lhe cabe é diverso do da sucessão legítima. O herdeiro legítimo é chamado à herança. Portanto, ao patrimônio deixado pelo falecido. O herdeiro legitimário tem direito à legítima. Esta, nos termos do art. 2162 (*do Código português*), é calculada, não só sobre o valor do *relictum*, como sobre o dos bens doados e o das despesas sujeitas à colação”. (ASCENSÃO, José Oliveira. *O herdeiro legitimário* cit.)

⁶ Ensina Capelo de Souza que a situação jurídica dos sucessíveis legitimários encontra-se dotada de uma significativa consistência, quer pela limitação dos poderes jurídicos do autor da sucessão, quer por dispositivos legais facultados aos sucessíveis para defesa das suas legítimas. (Cf. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões*, vol. 1, 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1997, p. 224).

obligación común del caudal relicto; los herderos responden, pues, como deudores solidários”.⁷

A designação de herdeiro necessário também lhe atribui o direito potestativo (e a conseqüente legitimidade) para impugnar as liberalidades inoficiosas⁸. As doações inoficiosas, destaca Ascensão, “só são atingidas se o legitimário quiser: tem o direito potestativo de as impugnar. Se o fizer, a ação tem caráter constitutivo, pois só com ela os bens podem ser reclamados para satisfazer a legítima. Se o não fizer, a situação persiste sem defeito. Diremos assim que a redução das doações se processa em benefício exclusivo do herdeiro. Os bens não reverterem para a herança; reverterem para o herdeiro ou herdeiros que requereram a redução”⁹.

Portanto, ainda que não exista mais herança, ele tem direito à legítima, que pode ser recomposta por meio da redução de liberalidades feitas em vida pelo *de cuius*. E mesmo que não houvesse como satisfazer a legítima com as reduções, ele guardaria o direito a ser herdeiro necessário, pois a sua qualidade não pode ser posta em causa. Como ensina Ascensão, “a lei admite cedências na composição da legítima. Mas não as admite na qualidade de herdeiro. Esta não é negociável. O legitimário prioritário só a perde se repudia, ou se for deserdado ou excluído por indignidade”¹⁰. Fora disso, é sempre um herdeiro obrigatório.

Como qualidade conferida por lei, ela não pode ser afastada pela simples vontade do autor da herança. Por isso, quem tem herdeiros necessários, só pode dispor, quer por ato *inter vivos* ou testamento, de uma parte restrita de seu patrimônio,

⁷ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor Y WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil / V Tomo/Volumen II/Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch, 1933, p. 331.

⁸ Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp Y Martín Wolff aludem ao “un derecho a destruir, mediante declaración de voluntad unilateral, el importe de la pretensión en la parte correspondiente, con respecto a los legados y modos”. (*Tratado de derecho civil / V Tomo/Volumen II/Derecho de Sucesiones* cit. .p. 332).

⁹ ASCENSÃO, José Oliveira. *O herdeiro legitimário* cit.

¹⁰ ASCENSÃO, José Oliveira. *O herdeiro legitimário* cit.

consoante dicção codificada expressa¹¹.

O autor da herança pode dispor do patrimônio, mas não pode qualificar ou desqualificar o herdeiro, reduzindo-lhe ou retirando-lhe a quota a que faz jus¹². A “designação legitimária”, ou seja, a enumeração daqueles que ostentam essa qualidade, integra o caráter imperativo da sucessão necessária, como ensina Capelo de Souza, daí que “o autor da sucessão não possa alterar o elenco dos herdeiros legitimários, também chamados forçosos, não possa mudar a ordem e os termos em que estes são chamados à sucessão e igualmente não possa modificar a porção de legítima fixada pela lei para os seus herdeiros legitimários”¹³.

Pode-se, assim, afirmar, quanto à natureza jurídica da sucessão legitimária, tratar-se muito mais de um dever do autor da sucessão, de resguardar parte da herança àqueles a quem a lei privilegiou, do que um direito destes ao crédito legitimário. Assinala Itabaiana de Oliveira que “com a constituição desta categoria de sucessíveis privilegiados, atendendo-se ao vínculo que os liga ao *de cuius*, resulta, como consequência lógica e natural, a separação de uma porção do patrimônio do testador destinada, exclusivamente, a esses mesmos herdeiros necessários”¹⁴.

Segundo Orozimbo Nonato, funda-se a legítima “mais nos deveres dos pais que nos direitos dos filhos. Aquelas obrigações cessam, em casos expressos, mencionados

¹¹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

¹² Nessa senda, sempre precisa a lição de Oliveira Ascensão: “Não vemos porém que a mera qualificação como herdeiro esteja na disponibilidade do autor de sucessão. Ele dispõe. A lei qualifica. E da lei resulta que a qualidade de herdeiro só pode ser retirada ao legitimário em dois casos: - se repudiar;- se for afastado da sucessão. E só pode ser afastado da sucessão em dois casos: - por deserdação; - por indignidade. São os únicos. Fora disto, não pode ser atingido o direito a ser herdeiro do legitimário”. (ASCENÇÃO, José Oliveira. *O herdeiro legitimário* cit.)

¹³ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de direito das sucessões* cit., p. 223.

¹⁴ ITABAIANA DE OLIVEIRA. Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões. Vol. II. Da sucessão testamentária*. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 626.

restritivamente em lei, quando os filhos, por malfetorias ou conspícua ingratidão, descumprem deveres sagrados. Daí, vigorarem os institutos da indignidade e da deserdação, sem quebra do princípio da legítima”¹⁵. A opinião é partilhada por Joaquim Augusto Ferreira Alves, para quem “as pessoas que descendem umas das outras são ligadas entre si por um dever natural, de um lado – piedade filial, e, de outro – afeição paterna ou maternal. Esse laço de sangue produz diversas obrigações que a lei sanciona: a obrigação alimentar, a legítima hereditária. Em virtude da primeira, os parentes em linha reta devem, durante sua existência, socorrer uns aos outros; em virtude da segunda devem, ao morrer, deixar uma parte de seus bens aos sobreviventes”¹⁶.

Tratando-se, ao mesmo tempo, de um dever jurídico do autor da herança e de um direito ou qualidade atribuída ao herdeiro por norma de ordem pública, restritiva da autonomia privada e da liberdade testamentária, apenas a lei pode retirar, restringir ou ampliar o título legitimário.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, a qualidade de herdeiro necessário encontra-se expressamente atribuída a determinadas pessoas pelo art. 1.845¹⁷ do Código Civil de 2002¹⁸. Existem, assim, 3 classes de herdeiros necessários, conforme a ordem da sucessão legítima: a primeira classe constituída pelos descendentes, a segunda classe formada pelos ascendentes e a terceira integrada pelo cônjuge sobrevivente¹⁹. A sucessão

¹⁵ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 363.

¹⁶ ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil Brasileiro – Da Sucessão Testamentária*. vol XIX, p. 304

¹⁷ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁸ No código anterior (CC/1916), o título legitimário posto como restrição à liberdade de testar estava previsto no art. 1.721, com a seguinte redação: “O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723)”.

¹⁹ Já escrevi que que o cônjuge é herdeiro da terceira classe. Apesar de concorrer, nas hipóteses em que a lei estabelece (art. 1.829, incisos I e II), com descendentes

legitimária, ensina Eduardo dos Santos, também respeita os princípios da preferência de classes e da preferência de graus de parentesco²⁰.

Somente a lei pode retirar esse título privilegiado dos descendentes, dos ascendentes e do cônjuge sobrevivente. Não pode o autor da herança, ainda que proprietário em vida de todo o patrimônio, excluir nenhum desses herdeiros de sua sucessão, salvo nas estreitas hipóteses que autorizam a deserdação. Por idêntica razão, só a lei pode alargar esse rol, estendendo o privilégio legitimário a outros herdeiros não contemplados taxativamente pelo legislador. Nem o intérprete, por mais autorizado que o seja, nem o autor da herança, podem fazê-lo.

2. OS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA E O ESTADO ATUAL DA ARTE.

Diz a doutrina que o fundamento da legítima está no vínculo familiar e que o princípio da intangibilidade da quota legitimária efetiva a especial proteção que o Estado dispensa à família, além de concretizar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, na medida em que, segundo Ana Luiza Maia Nevares, “preconiza uma distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar, em virtude da morte de um deles”²¹.

(herdeiros da 1.^a classe) ou com ascendentes (sucessores de 2.^a classe), o cônjuge permanece na 3.^a classe. Concorre excepcionalmente com herdeiros de 1.^a e 2.^a classes, mas é sucessor da 3.^a classe. Quando o Código fala que o cônjuge concorre com descendentes ou com ascendentes é exatamente porque não o considera integrante daquelas classes. “Concurso”, no caso, significa o chamamento de pessoas com qualificações jurídicas diversas. (Cf. DELGADO, Mário Luiz. “Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema”. In: Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves. (Org.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005, v. 3, p. 417-446).

²⁰ SANTOS, Eduardo dos. *Direito das Sucessões*. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2002, p. 414.

²¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. IN: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de

Herdeiros necessários, reservatários, forçados ou legítimos, ensina Luiz Paulo Vieira de Carvalho, são aqueles que se apresentam “como um sucessor universal privilegiado, por força do ofício de piedade (*officium pietatis*), isto é, da afeição presumida e do dever de amparo que o autor da herança deve ter em relação a seus familiares mais próximos, aqueles a quem a lei garante uma quota mínima da herança (Princípio da Reserva)”²².

A legítima dos descendentes derivaria da obrigação natural dos pais de não deixar abandonados e desarmados no meio da sociedade aqueles a quem deram o sangue e a vida, enquanto a legítima dos ascendentes se assenta na compensação dos sacrifícios feitos com a educação dos descendentes²³. Itabaiana de Oliveira se refere aos vínculos “que fazem presumir qual seria a vontade do *de cuius* se tivesse disposto de seus bens, pela afeição e amor que se supõe existirem entre ele e seus conjuntos, e em que se funda a vontade de beneficiar; porque o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos, por ser a sua causa eficiente, nem mais sagrada do que os pais, a quem deve o ser”²⁴.

Será que essa é uma realidade atual?²⁵

Em tempos de afetos líquidos, de vínculos fluidos e de instituições familiares rarefeitas pela informalidade e pelo descompromisso²⁶, ampliar a liberdade testamentária não

Janeiro: Renovar, 2006, p. 538. Segundo a autora não se pode conceber a solidariedade constitucional em seu caráter essencialmente beneficente, não se podendo exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro, mas que se comporte como se o sentisse”.

²² VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. *Direito das sucessões*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 464.

²³ Cf. SANTOS, Eduardo dos. *Direito das Sucessões* cit., p.397.

²⁴ *Tratado de direito das sucessões* cit., p. 625.

²⁵No início do século passado, Lacerda de Almeida já contestava a presunção de afeição como fundamento da legítima, ao afirmar que ela “ pode ser desmentida pela realidade, nem está nas mãos do legislador suprir de modo completo as intenções do defunto”. (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Successões*. Rio de Janeiro: Typ, 1915, p.194).

²⁶ Cf. BAUMAN, Zigmunt . *Amor líquido – sobre a fragilidade das relações humanas*. Tradução, Carlos

incentivaria mais uma solidariedade familiar autêntica, fundada no afeto em direção a uma herança conquistada em substituição a uma transmissão hereditária forçada?

Não é de hoje que esse argumento é invocado pela doutrina. Carlos Maximiliano já mencionava que, com o progresso cada vez mais amplamente avassalador do individualismo, a expansão da faculdade de dispor do patrimônio próprio, *causa mortis*, fortificaria nos progenitores a consciência da responsabilidade pelo futuro dos filhos e que a “limitação demasiada de tal franquia fomenta o egoísmo; tolhida em seus anseios de satisfazer as próprias inclinações e vaidades, a maioria se apressa a despendar, indiferente, descuidosa, em vida o produto do próprio labor, e este se torna menos persistente”²⁷. Conclui, citando Le Play, que da supressão da faculdade de testar resulta o enfraquecimento dos laços de família e da iniciativa individual.

No Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues chegou a ser proposta a supressão por completo da quota legitimária, afirmando-se, entre outros argumentos, ser imoral fazer do filho um credor dos seus pais, pois “tal sistema desmoraliza a autoridade paterna e corrompe a mocidade com o luxo, a inação, o vício” e que ao “limitar a faculdade de dispor do patrimônio, a lei diminui o estímulo para o trabalho, o aperfeiçoamento da produção, a economia”²⁸.

É verdade que a grande maioria dos povos ligados ao direito romano-germânico mantém uma quota hereditária destinada à transmissão obrigatória a determinados herdeiros²⁹. Mas será que essa realidade não se desgastou em razão da evolução da sociedade e do próprio pensamento jurídico que normalmente lhe vem a reboque? Para Jorge Duarte Pinheiro, em um contexto

Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 361.

²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões* cit., p. 366.

²⁹ Fonte: Eureséau - an international network of law firms with lawyers in 26 countries around the world. (<http://www.eureseau.com/home/>)

em que se proclamam os princípios da igualdade de oportunidades e da liberdade de disposição, mostra-se discutível a previsão da sucessão legitimária. E questiona: “Por que razão uma pessoa está impedida de determinar, de forma relativamente incondicionada, o destino da generalidade dos bens que lhe pertencem? Por que motivo certas pessoas em regra, obtêm forçosamente o direito a adquirirem patrimônio independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar (de parentesco ou conjugal) que têm com o *de cuius*? Não seria suficiente, após a morte do *de cuius*, uma proteção imperativa da família que se refletisse em obrigações de alimentos exigíveis à herança e em legados legais tendo como objeto a casa de morada da família e o respectivo recheio? Nesta época, em que a riqueza é sobretudo fruto do trabalho e de decisões individuais de aplicação do capital, em que a família perdeu a sua antiga função de unidade de produção, será pertinente entender a sucessão *mortis causa* como uma contrapartida justa da colaboração prestada pelos familiares ao *de cuius* na formação do patrimônio?”³⁰

A discussão torna-se cada dia mais atual, mostrando-se premente uma reavaliação do instituto, tanto no que se refere a quais membros da família se quer proteger, como aos próprios limites da proteção.

Os pretextos antilegitimistas (desfavoráveis à reserva hereditária) tradicionais, outrora baseados na autonomia da vontade e na concepção individualista do direito de propriedade, se transformaram. De fato, não cabe mais se falar em fortalecimento da autoridade paterna ou em prevalência ilimitada da liberdade de testar, fonte de injustiças e que “pode servir de instrumento de instituições aristocráticas e obsoletas”, como pontua Orosimbo Nonato: “Falso, é, pois, o colorido democrático que se pretende emprestar a um instituto transformável em meio para

³⁰ DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O direito das sucessões contemporâneo*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL editora, 2017, p. 178.

restauração da grandeza e poderio das classes”³¹.

Os argumentos antilegitimistas hoje são outros. Fala-se em ineficácia, inutilidade e inconveniência da legítima, em razão da transformação sociológica e jurídica da família, da existência de outros mecanismos protetórios da família fora do direito sucessório, a exemplo do direito securitário, da longevidade crescente da população, aliada à queda de natalidade, afastando, progressivamente, a utilidade e a eficácia da legítima em face dos descendentes, que se tornarão herdeiros efetivos normalmente quando já financeiramente independentes e, finalmente, desca-bendo invocar o princípio de solidariedade familiar em desfavor do autor da sucessão quando os herdeiros legitimários não necessitam daqueles bens para seu sustento³².

Refletindo à luz desse novo contexto, poderíamos indagar se a limitação da liberdade de testar, forçada pela intangibilidade da legítima, mantém a sua adesão social? Ou, ainda que a mantenha, se guardaria o mesmo vigor de outrora?

Repita-se que o momento atual é de revisitação da legítima. E não apenas a legítima do cônjuge (e eventualmente) do companheiro, mas também a legítima dos descendentes e ascendentes³³.

E se a própria qualificação dos descendentes e ascendentes como herdeiros necessários encontra-se “em cheque”, que se dirá do privilégio atribuído ao cônjuge sobrevivente, cujos vínculos afetivos são supostamente menos fortes ou, ao menos,

³¹ *Estudos sobre sucessão testamentária* cit., p. 367. O autor afirma que esses argumentos servem de motivos a surtos e raptos oratórios, citando a seguinte passagem de Joaquim Costa: “Ao cabo de tantos anos de indecisão e de porfia o fiel da balança pende para a liberdade... Morreu o despotismo e não ressurgirá ao terceiro dia, nem ao terceiro ano, nem ao terceiro século: está chegando ao seu término a generosa cruzada que vai resgatar o sepulcro onde, há tantos anos, jaz oprimia a liberdade”.

³² Ver, por todos, Ioanna Kondyli, citada por Ana Luiza Maia Nevares (Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. IN: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo* cit., p. 540).

³³ Na França, a partir da reforma de 2006, os ascendentes deixaram de ser herdeiros necessários.

menos longevos que aqueles decorrentes do parentesco na linha reta?³⁴

Qual o fundamento jurídico e sociológico da designação legitimária do cônjuge sobrevivente? Estender a comunhão de vidas que se instaurou com o casamento para além da finitude do próprio vínculo conjugal? Amparar aquela pessoa a quem o autor da herança escolheu em vida como sua parceira, ainda que inexistam mais qualquer vínculo afetivo quando da abertura da sucessão?

Ana Luiza Maia Nevares justifica a inclusão argumentando que na “família nuclear, o cônjuge é o único componente estável e essencial, uma vez que os filhos, em um determinado momento, irão se desprender daquela unidade, formando a sua própria comunidade familiar”³⁵.

O argumento, no entanto, desconsidera a fluidez, a fácil dissolubilidade e a rápida recomposição dos vínculos conjugais atuais, tema que aprofundarei no tópico seguinte.

3. A AMPLIAÇÃO DO ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS COM O INGRESSO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE.

O esgarçamento do vínculo de aderência social da norma restritiva da liberdade testamentária se tornou mais evidente no Brasil a partir de 2003, com a entrada em vigor do Código Civil

³⁴ A ordem da sucessão legítima e da sucessão legitimária baseia-se no afeto dos laços familiares, graduando-se a sucessão pela intensidade desses laços sentimentais, razão pela qual os descendentes precedem aos ascendentes e o cônjuge só aparece na terceira posição. Ressalta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em obra de referência, “a preocupação da sociedade no sentido de que os descendentes devem compor sempre o primeiro grupo chamado a herdar, pois o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, posto que fruto de sua estrutura genética e/ou moral e, possivelmente, de seu afeto e de sua comunhão de vida em relação ao outro genitor”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2011, p. 359)

³⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. IN: MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do direito civil contemporâneo* cit., pp. 504-505.

atual e a ampliação do rol de herdeiros necessários, a incluir o cônjuge sobrevivente, ao lado de ascendentes e descendentes, no rol taxativo do art. 1.845.

Muitas foram as críticas a essa mudança, à semelhança do que ocorrera em outros países onde foi implementada, a exemplo de Portugal, com a Reforma de 1977, o que torna mais que atual a crítica então lançada por Oliveira Ascensão, no sentido de que o casamento transformara -se em um instituto “*mortis causa*”, que só vai produzir efeitos vinculantes após a morte. Para o mestre lusitano, “esse grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição do cônjuge é concebida como uma posição mutável, mesmo precária. Aquele, porém, que teve a sorte de ocupar posição de cônjuge na altura da morte, esse é que vai ter uma muito privilegiada proteção sucessória. Suceder como cônjuge entra na aleatoriedade. Por outras palavras, a lei só se preocupa em favorecer o vínculo conjugal depois de ele estar dissolvido. Ironicamente, dizemos que a lei tende a conceber o casamento como um instituto *mortis causa*”.³⁶

Inocêncio Galvão Telles também critica a ereção do cônjuge a herdeiro legitimário em propriedade plena, defendendo que a legítima do cônjuge deveria ter sido assegurada em usufruto e não em propriedade. Para Galvão Telles, “constitui grande e pernicioso absurdo atribuir ao cônjuge (seja homem ou mulher) a legítima em propriedade. Se o cônjuge se torna proprietário dos bens integrantes do seu quinhão legitimário, pode livremente dispor deles, ainda em vida, a favor de quem quiser. E, por sua morte, tais bens seguirão o curso que lhes couber segundo as regras da sucessão legal ou testamentária, curso que eventualmente os afastará do círculo da família do cônjuge a que

³⁶ *Direito civil – sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra Editora, p. 343/344. Ainda do mestre Ascensão a conclusão lapidar: “Só o divórcio parece preocupar o Direito de Família, que cada vez mais corresponde à definição cínica: ‘É o ramo do Direito que estuda os pressupostos necessários para obter um divórcio’”.

primeiro pertenciam. Diversamente se passariam as coisas se ao cônjuge sobrevivente coubesse apenas o usufruto vitalício... O cônjuge teria até à morte o pleno gozo dos bens, usando as coisas e auferindo os rendimentos. Quando falecesse, o usufruto extinguir-se-ia e a nua propriedade seguiria o seu curso normal, não entregue à sorte nem comandada pela vontade do cônjuge beneficiário da legítima, que a recebeu para seu benefício pessoal e não para lhe dar, injustificadamente, o destino que muito bem lhe aprouver”³⁷.

Jorge Duarte Pinheiro destaca as mesmas críticas sofridas pela lei portuguesa “por ter atribuído uma posição excessivamente favorecida ao cônjuge pelo menos perante os filhos (designadamente, menores), por ter conferido a este a propriedade de uma quota, em vez do usufruto, ou por não ter articulado os benefícios conjugais decorrentes da sucessão legítima com o regime matrimonial de bens”³⁸.

O inconformismo social com a transformação do cônjuge em herdeiro necessário pode ser comprovado pela importante tentativa empreendida pelo Judiciário brasileiro de excluir da concorrência sucessória, *e também do elenco de herdeiros necessários*, os cônjuges casados em regime de separação convencional de bens. O Superior Tribunal de Justiça, em elogiável contorcimento hermenêutico, chegou a afirmar que “se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de

³⁷ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Sucessão legítima e sucessão legítima*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 47-48. Para Oliveira Ascensão, a Reforma de 1977 preocupou-se em assegurar uma igualdade do cônjuge com os filhos, com muita tacañez: “Para além da complexidade do esquema, que representa o paraíso dos advogados, tem a consequência de provocar uma verdadeira sucessão para o cônjuge e, na normalidade dos casos, uma nova transmissão, pouco depois, do cônjuge supérstite para os filhos do casal, com todos os encargos inerentes. Isto porque na família portuguesa comum – que deveria ser paradigmática para a lei – os filhos de um cônjuge são também filhos do outro cônjuge. O esquema do usufruto legítimo era muito mais simples e correspondia melhor os interesses práticos”. (*Direito civil – sucessões* cit., p. 343)

³⁸ DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O direito das sucessões contemporâneo* cit., p. 179.

um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado”. Portanto, segundo o STJ, o regime de separação de bens fixado por livre convenção entre o cônjuge sobrevivente e o falecido retira do supérstite a condição de herdeiro necessário do autor da herança, em concorrência com os descendentes daquele³⁹.

Esse entendimento encontra-se, hoje, superado pelo reconhecimento pretoriano de que aquela fora a escolha do legislador (a de privilegiar o cônjuge casado em regime de separação convencional de bens) e que deveria ser respeitada⁴⁰.

A superação, antes de representar o resgate social da norma inculpada no art. 1.845, pelo contrário, exterioriza apenas o convencimento conformado de que a jurisprudência não pode se opor a uma opção clara do legislador, não havendo como se albergar interpretação que fuja da literalidade do texto normativo. A literalidade, tanto do art. 1.829, I, como do art. 1.845, é tão manifesta que faz cessar a interpretação, segundo velho e sábio brocardo latino, de modo que qualquer outra leitura só seria possível quando totalmente à margem do texto legal.

³⁹ Vide, por todos, REsp n. 992.749, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 01.12.2009, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

⁴⁰ Nesse sentido confira-se o seguinte precedente, representativo da jurisprudência hoje consolidada no STJ:CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido (REsp 1430763/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julg. 19/08/2014, DJe 02/12/2014).

Talvez por isso mesmo, volta -se, agora, a sociedade para a reforma da lei. Existem diversos projetos em tramitação na Câmara e no Senado. O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, por sua vez, acabou de concluir a elaboração de um anteprojeto. Grande parte das propostas legislativas tem como foco a sucessão do cônjuge⁴¹. No anteprojeto do IBDFAM, sem dúvida a proposta mais completa, sugere-se a exclusão do cônjuge sobrevivente do elenco do art. 1845⁴², além de se atribuir nova redação ao art. 1.850, para assegurar alguma proteção, no âmbito do direito sucessório, ao cônjuge ou companheiro que comprovar insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência⁴³.

Na exposição de motivos do aludido anteprojeto, destaca-se que, “diante da progressiva igualdade entre homens e mulheres na família e do ingresso da mulher no mercado de trabalho, bem como do fenômeno cada vez mais crescente das famílias recompostas, é preciso repensar a posição do cônjuge e do companheiro na sucessão hereditária, tendo restado claro desde a entrada em vigor do Código Civil um clamor por uma maior liberdade testamentária em relação ao consorte sobrevivente”.

Em suma, cabe afirmar que o cônjuge sobrevivente não

⁴¹ Nesse sentido, vide: PL-508/2007, PL-3075/2008, PLS 220/2005, entre outros.

⁴² Redação proposta: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes”.

⁴³ A redação projetada é a seguinte: “Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, o cônjuge ou o companheiro, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar. Parágrafo único. O cônjuge ou o companheiro que comprovar insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência poderá reivindicar do monte quota hereditária não superior àquela que receberia na sucessão legítima, conforme as seguintes condições: I. A quota hereditária do cônjuge e do companheiro prevista no caput será imputada na reserva hereditária, sendo mantida em sua integralidade a quota disponível do autor da herança, e será paga em dinheiro ou em bens do acervo hereditário, cabendo a escolha aos herdeiros.II. Na hipótese de pagamento da quota hereditária do cônjuge ou do companheiro em bens da herança, aplicar-se-ão os princípios e as regras da partilha.III. O juiz, de forma fundamentada, quantificará a quota do cônjuge ou do companheiro, de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes”.

deveria figurar como herdeiro necessário. A rápida mutabilidade dos estados civis, o elevado número de divórcios⁴⁴ e o crescimento das famílias recompostas, já que as pessoas passaram a ficar livres para novas uniões mais rapidamente⁴⁵, transformou o estado civil de casado, e a posição do cônjuge, em verdadeiro “cargo interino”, demissível a qualquer momento, sem necessidade de justificação. Ocupar a posição do cônjuge na data da abertura da sucessão converte-se em uma “loteria” e a fortuna é quem vai direcionar a proteção sucessória e a designação legítima. O fundamento da legítima do cônjuge deixou de ser o vínculo afetivo e se metamorfoseou na álea de se estar casado, ainda que por brevíssimo período, quando do óbito do outro.

4. A PRETENSÃO DE SE ESTENDER A DESIGNAÇÃO LEGITIMÁRIA AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE.

Pois bem, diante de um cenário de contestação ao *status* sucessório do cônjuge, discute-se a extensão desse título privilegiado ao companheiro sobrevivente.

Como se não bastassem todas as discussões que emergiram com a elevação do cônjuge ao patamar de partícipe privilegiado da sucessão, busca -se, agora, fazê-lo dividir essa ribalta com o companheiro, e isso com base em um “isonomismo” jamais imaginado pelo constituinte de 1988, mas que ganhou

⁴⁴ Segundo dados do IBGE, de 2015, o número de divórcios ao ano no Brasil cresceu 160% em 10 anos, de 130,5 mil, em 2004, para 341,1 mil em 2014.

⁴⁵ “Se os brasileiros estão se casando mais, eles também estão se divorciando com mais facilidade. Em 2014, o número de separações aumentou 5% em relação a 2013. O IBGE começou a coletar informações sobre divórcios em 1984. Nesses 30 anos, o número cresceu mais de dez vezes: passou de 30,8 mil para 341,1 mil. O divórcio ganha força desde 2010, com o fim da necessidade de separação prévia do casal (ou seja, quem quer desfazer o casamento passou a poder se divorciar a qualquer momento, extinguindo-se os prazos que eram obrigatórios para dar entrada no pedido). A facilitação do divórcio também elevou a estatística de novos casamentos, pois as pessoas passaram a ficar livres para novas uniões mais rapidamente”. (Fonte: Revista Veja - <http://veja.abril.com.br/brasil/ibge-brasileiro-esta-se-casando-mais-mas-uniao-dura-menos/>. Acesso em 20/10/2017)

exponencial repercussão após o julgamento dos Recursos Extraordinários de nºs 878.694 e 646.721 pelo Supremo Tribunal Federal, a ponto de respeitáveis autores passarem a sustentar que teriam sido suprimidas as distinções, no plano dos fatos e no plano normativo, entre União Estável e Casamento.

Afirma-se, nas academias e nos tribunais, que a Suprema Corte brasileira equiparou a UE e o Casamento, senão em todos os seus efeitos jurídicos, mas certamente na plenitude dos direitos sucessórios. Em outras palavras, todas as regras legais atinentes à sucessão do cônjuge aplicar-se-iam à sucessão do companheiro, inclusive a designação legitimária do art. 1.845.

Pretendo, agora, nos subtópicos que se sequeciam, me contrapor a essa interpretação que, a meu ver, entra em conflito com a natureza jurídica das duas entidades familiares.

4.1. AINDA SUBSISTEM AS DISTINÇÕES ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.

Pouco importa o que digam os tribunais ou a nossa mais ilustrada doutrina: textos doutrinários e decisões judiciais não mudam a natureza jurídica das coisas. Por isso, casamento e união estável jamais serão a mesma coisa.

Já escrevi sobre a superação da concepção monopolista do casamento como formatação legal da família, a partir do momento em que se conseguiu distinguir o direito de constituir família e o direito de contrair casamento. O elenco das entidades familiares posto no art. 226 do pergaminho constitucional é meramente exemplificativo. Rol aberto a comportar indefinidas formas de constituição de família, todas elas igualmente protegidas pelo Estado, sem qualquer hierarquia.

O ponto em comum a todas, a justificar o reconhecimento e o incentivo estatal é a afetividade, pois se muitas são as famílias em seus diversos arranjos familiares próprios, inegável que todas elas terão a sua formação pressuposta pelo afeto, como

elo que as une e reúne.

A tutela estatal abrangente das entidades familiares típicas e atípicas não implica equiparação da respectiva moldura normativa, posto que em sendo diversas as suas características, imperioso reconhecer a diversidade de regimes legais, sem que se incorra no equívoco da hierarquização. Não existem famílias mais ou menos importantes, mais ou menos reconhecidas, famílias de primeira ou de segunda classe, mas, simplesmente, famílias diferentes, cada qual a seu modo, e, por isso mesmo, mais ou menos reguladas.

Casamento e união estável são duas entidades familiares típicas, mas com enorme diferenciação fática e normativa. O ponto distintivo fundamental reside no seu modo de constituição e desconstituição.

O casamento pressupõe um ato formal e solene, precedido de um processo destinado a apurar a capacidade matrimonial dos nubentes. A prova de sua existência é exclusivamente documental, através de certidão extraída do assento público competente. A dissolução também exige um procedimento próprio e deliberação estatal. A prova de que o matrimônio se dissolveu também se faz por certidão, pouco importando a realidade dos fatos. Se os ex-cônjuges, depois de divorciados, retomam a convivência como se ainda casados fossem, tal fato jamais terá o condão de restaurar o casamento.

A união estável, por sua vez, não exige formalidade, nem solenidade, mas pressupõe o fato da convivência pública, contínua e duradoura. A prova de sua existência é preponderantemente testemunhal, não obstante seja comumente corroborada por documentos, dentre os quais, e certamente o mais relevante, o contrato de convivência. Mas, jamais, o instrumento contratual poderá constituir a união estável, especialmente quando celebrado no início da convivência. O contrato prévio de união estável não tem eficácia enquanto as partes contratantes não concretizarem o efetivo convívio, de forma pública, contínua e

duradoura e, ainda, com objetivo de constituição de família. No máximo exterioriza tratativas preliminares de um convívio futuro, que poderá se materializar ou não, assemelhando-se, nesse ponto, ao pacto antenupcial, que somente adquire eficácia após o casamento. Sua eficácia é condicionada, dependendo do implemento ulterior dos seus elementos caracterizadores.

Uma união de fato, iniciada com ou sem contrato, tem o seu potencial de transformar-se ou não em uma união estável, a depender da presença dos demais elementos característicos. Essa aferição se fará sempre *a posteriori*, ao contrário do casamento, sempre *a priori*.

A dissolução da união estável, tanto quanto a sua constituição, também decorre de um fato da vida, o fato da cessação da convivência, não exigindo qualquer procedimento ou formalidade. A separação de fato com *animus* de definitividade é quanto basta para dissolver a união, sem necessidade de intervenção do Estado. A prova da dissolução é também predominantemente testemunhal, podendo ser corroborada por outros elementos, como comprovante de residência em localidade diversa ou mesmo uma simples declaração de um dos conviventes de que cessou a convivência *more uxorio*. Todavia, nem mesmo o distrato formalizado de um contrato de união estável produzirá qualquer efeito desconstituidor se os distratantes continuarem a conviver de forma pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família.

Assim, nos elementos gênese, êxodo e prova reside a grande distinção, a justificar, também por isso, a desigualdade de regramentos legais.

Exatamente por isso é que se equivoca quem defende que as decisões do STF equipararam a UE e o Casamento em todos os seus efeitos jurídicos. Não o fizeram, nem poderiam tê-lo feito. As decisões estão restritas à seara do Direito das Sucessões. E, ainda assim, algumas ressalvas devem ser feitas, como demonstrarei em tópico posterior deste trabalho.

Mas, o que é de se destacar no momento é que mesmo a doutrina que chamo de “igualitarista” ou “isonomista” admite a subsistência de algumas diferenças normativas entre as duas entidades familiares. Mesmo essa corrente não abraça a tese de uma equiparação total, absoluta e irrestrita entre cônjuge e companheiro, mas uma equiparação seletiva, somente no tocante às chamadas “normas de solidariedade”, a exemplo do direito a alimentos, do direito de comunhão de aquestos, de acordo com o regime de bens, e do direito à concorrência sucessória em igualdade de condições com o cônjuge. Por outro lado, nega-se a equiparação no que pertine às ditas “normas de formalidade”, tais como as formas de constituição e dissolução da união estável e do casamento, o procedimento para a alteração do regime de bens, necessariamente judicial no casamento (art. 1.639, § 2º, do CC e art. 734 do CPC/2015) e a obrigatoriedade de outorga conjugal para a prática de determinados atos, exclusiva para o casamento e dispensada na UE⁴⁶.

Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CCB/2002 pelo STF, *de per se*, não promoveu uma total equiparação entre Casamento e União Estável, subsistindo o tratamento diferenciado em diversos aspectos.

No julgamento no AI no REsp 1.135.354/PB, conduzido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, o Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, reconheceu a presença desses traços distintivos. Esse entendimento foi recentemente reproduzido pelo STJ no julgamento do REsp 1337420/RS⁴⁷.

Não se nega, portanto, que, mesmo no plano dos efeitos jurídicos, sobrevivem algumas diferenças entre União Estável e Casamento, especialmente aquelas que tem origem ou se apoiam

⁴⁶ Cf. TARTUCE, Flávio *STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. E agora?* <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>.

⁴⁷ REsp 1337420/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. em 22/08/2017, DJe 21/09/2017.

no título fundador e nas formalidades do casamento –, que são inexistentes na união estável. Resta saber se esse *discrímen* também justifica o estabelecimento de algum tipo de distinção quanto aos regimes sucessórios e, especialmente, se justifica a interpretação construtiva do art. 1.845, a ponto de nele se fazer inserir a figura do companheiro sobrevivente.

Quanto ao art. 1.845, já antecipo que não.

O conceito plural de entidade familiar assegurado na Carta da República demanda molduras normativas diferenciadas, que contemplem as peculiaridades das diversas conjugualidades. Aliás, se a isonomia e a não hierarquização das entidades familiares implicasse a equiparação de todos os efeitos jurídicos, seríamos forçados a estender os efeitos jurídicos do casamento, sem distinção, a todas as demais entidades (e não apenas à UE) e aceitar, por exemplo, que nas famílias anaparentais, os colaterais também teriam sido alçados ao *status* de “herdeiros necessários”, como coloca Venceslau Tavares Costa Filho: “Ora, ao lado da união estável e do casamento civil, é de se reconhecer também como entidades familiares constitucionalmente tuteladas: a família monoparental (a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes), a família anaparental (comunidades formadas por parentes colaterais tais como irmãos, tios e sobrinhos, primos, etc). Os colaterais passarão a ser herdeiros necessários em razão desta suposta igualdade? Um sobrinho que resida no imóvel junto com um tio que vem a falecer pouco depois poderá alegar ser titular de direito real de habitação? Parece-nos que não. Adotar interpretação neste sentido seria ignorar as especificidades de cada uma destas entidades familiares, violando o chamado direito a diferença ou pluralismo das entidades familiares”⁴⁸.

O mesmo se diga em relação às famílias poliafetivas e às

⁴⁸COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Equiparação de efeitos de união estável a casamento está em debate no STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-03/direito-civil-atual-equiparacao-efeitos-uniao-estavel-casamento-debate>. Acesso em 20/10/2017.

famílias paralelas ou simultâneas, caso alcancem o reconhecimento estatal, o que nos conduziria a um cenário de absurda inflação do elenco de designados legitimários.

Retornarei ao tema, mas antes é preciso empreender uma análise percuciente, e mais atenta, das decisões proferidas pelo STF no julgamento dos Recursos Extraordinários de nºs 878.694 e 646.721.

4.2. INTERPRETANDO AS DECISÕES DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA NO QUE TANGE À EXTENSÃO DE REGRAS DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE À SUCESSÃO DO COMPANHEIRO.

Parto da premissa de que o STF já fixou o entendimento de que a diferenciação quanto às regras de concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro (art. 1.790) é inconstitucional, devendo-se aplicar à UE o art. 1.829 do CC/2002. Sobre esse ponto não cabe mais qualquer discussão.

A questão que remanesce controvertida reside em saber se outros dispositivos do regime sucessório do casamento, além do art. 1.829, incidirão nas sucessões abertas entre conviventes.

Em uma primeira análise, interpretando as decisões pelo dispositivo, e não pelos seus fundamentos, seremos levados a concluir, sem a menor dúvida, que a equiparação se restringiu às regras da concorrência sucessória previstas no art. 1.829, pois essa foi, expressamente, a tese fixada em repercussão geral:

“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 Código Civil”.

E em várias passagens dos votos do Ministro Luis Roberto Barroso, que foi relator do Recurso Extraordinário nº 878.694 e relator para acórdão do Recurso Extraordinário nº 646.721, colhe-se a ideia de restrição ao art. 1.829:

Embora seu julgamento ainda não tenha sido concluído, já há

manifestações da maioria dos Ministros desta Corte no sentido da inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros estabelecida pelo art. 1.790, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. (RE 646.721, p. 26)

Se o legislador civil entendeu que o regime previsto no art. 1.829 do CC/2002 é aquele que melhor permite ao cônjuge viver sua vida de forma digna após o óbito de seu parceiro, não poderia estabelecer, como regra geral, regime diverso e menos protetivo para o companheiro. (RE 646.721, p. 40)

Além disso, ao outorgar ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles conferidos ao cônjuge pelo art. 1.829, o CC/2002 produz lesão ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. (RE 646.721, p. 42)

Como resultado, declaro o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, que deve ser aplicado nos casos de uniões hetero e homoafetivas. (RE 646.721, p. 44)

Por outro lado, outras passagens do acórdão levam ao entendimento de que a equiparação não se restringiria ao art. 1.829. Confira-se o seguinte excerto:

Ademais, para que não se estabeleça indesejável lacuna no ordenamento jurídico quanto ao tema, deve-se aplicar para os integrantes de todos os modelos de conjugalidade, inclusive as uniões estáveis homoafetivas, as mesmas regras, *quais sejam, aquelas do art. 1.829 e seguintes do Código Civil de 2002*. (RE 646.721, Ministro Edson Fachin, p. 61)

Não se trata, como poderia parecer, de contradição emergente dos votos, pois o art. 1.829 encontra-se conectado com diversos outros dispositivos que também versam sobre a concorrência sucessória. Entretanto, não se pode negar que a falta de menção expressa a esses outros dispositivos fez nascer justificada dúvida sobre quais regras do regime sucessório do Casamento aplicar-se-iam à União Estável.

O que se quer dizer, por exemplo, com artigos “1.829 e seguintes”? Seguintes até que dispositivo? A lógica e o bom senso poderiam nos levar a concluir que “seguintes” seriam todos os que integram o Capítulo I (Da Ordem da Vocação

Hereditária) do Título II (Da Sucessão Legítima), ou seja, os arts. 1.829 a 1.844.

Sob esse ponto de vista, de logo haveríamos de excluir a aplicação do art. 1.845, situado no Capítulo II, mantendo, assim, o companheiro fora do rol de herdeiros necessários.

Mas prefiro não usar esse argumento de sistematização, até porque entendo que nem todos os artigos do Capítulo I aplicar-se-ão à UE.

A equiparação operada pelo STF não se limitou ao art. 1.829, mas se restringiu, sim, às regras atinentes à concorrência sucessória e ao cálculo dos quinhões hereditários. Nos fundamentos dos votos vencedores, ressalta-se a injustiça decorrente da aplicação do art. 1.790, a fazer o companheiro concorrer (e ser suplantado) pelos colaterais. Nesse sentido:

A decisão impugnada aplicou o texto literal do art. 1.790 do CC/2002, de modo que à companheira do falecido apenas foi reconhecido o direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. O restante do patrimônio foi conferido aos três irmãos do falecido. (RE 646.721, Ministro Luis Roberto Barroso)

Inexistindo ascendentes, o cônjuge sobrevivente será herdeiro universal, qualquer que seja o regime de bens. O companheiro, a seu turno, terá apenas 1/3 (um terço) dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, cabendo os outros dois terços e todos os demais bens adquiridos a qualquer título aos colaterais, até o quarto grau. (RE 646.721, Ministro Edson Fachin,)

Assim, aplicar-se-ão à União Estável os artigos 1.829 (ordem da vocação hereditária e concorrência com descendentes), 1.831(direito real de habitação), 1.832 (quota hereditária mínima na concorrência com os descendentes comuns), 1.836 e 1.837 (concorrência com ascendentes), 1.838 e 1.839 (preferência do companheiro sobre os colaterais).

Entretanto, não se pode falar em aplicação, por exemplo, do art. 1.830 à UE, de modo a se imaginar que o ex companheiro remanesceria com direitos sucessórios até dois anos após a

dissolução da convivência⁴⁹. Isso porque, em razão da formalidade ser elemento genético e extintivo do casamento, o cônjuge separado de fato permanece casado, remanesce como cônjuge, até a decretação do divórcio, enquanto o companheiro que se separa de fato rompe, na mesma hora, a convivência, dissolvendo a união estável e deixando de estampar a qualidade de companheiro, não podendo, pois, se pretender titular de qualquer direito sucessório em relação ao outro.

Da mesma forma, não cabe a aplicação do art. 1.845, com elevação do companheiro sobrevivente ao *status* de herdeiro legítimo, conforme fundamentos que apresento no tópico seguinte.

4.3. O COMPANHEIRO NÃO É HERDEIRO NECESSÁRIO DE ACORDO COM O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO.

A posição que defendo neste estudo vai de encontro à maioria das manifestações doutrinárias até agora publicadas⁵⁰. Entretanto, e sem qualquer receio de me manter perfilando corrente minoritária, entendo que o companheiro não é (nem deveria ser) herdeiro necessário. E ofereço, a seguir, quatro argumentos que lastreiam esse entendimento.

Argumento 1: a qualificação de cônjuge ou de companheiro decorre do atendimento ou não de formalidades ou de exigências exigidas por lei. No casamento, formalidades e solemnidades integram a substância do ato, sem as quais aquele não ingressa no plano da validade. Na união estável, inexistem formalidades exigíveis como requisito de ingresso ao plano da

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Vide, entre outros: SIMÃO, José Fernando. *E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC? (parte 2)* <http://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>.

validade, ainda que os conviventes desejem formalizar a relação. O que importa é a convivência no plano dos fatos, com as qualificadoras exigidas pela lei. Da mesma forma, o *status* de herdeiro necessário também decorre do preenchimento dessas formalidades próprias do casamento, dispendo a lei, de forma explícita, que somente quem possua o estado civil de “casado” portará o título de sucessor legitimário, ostentando a qualificadora restritiva da liberdade testamentária. E sob esse raciocínio, pode-se afirmar que a situação jurídica de herdeiro necessário guarda relação direta com as formalidades do casamento, única entidade familiar com a aptidão a modificar o estado civil, de maneira que a interpretação a favor de uma não inclusão do companheiro como herdeiro necessário seria admissível com base nas próprias distinções decorrentes das normas de formalidade.

Argumento 2: o art. 1.845 é nítida norma restritiva de direitos. O direito fundamental à herança não pode ser visto apenas sob a ótica do herdeiro, mas deve se pautar também pelos interesses do autor da herança, pois o exercício da autonomia privada integra o núcleo da dignidade da pessoa humana. A designação legitimária é dever imposto ao autor da sucessão de reservar parte de seus bens a determinados herdeiros. A norma institui restrição ao livre exercício da autonomia privada, restringe, sem dúvida, a sua liberdade de disposição, constituindo, por isso, exceção no ordenamento jurídico e, conforme as regras ancestrais de hermenêutica, não se pode dar interpretação ampliativa à norma restritiva. Normas restritivas de direitos devem ser interpretadas sempre de forma também restrita. O rol do art. 1.845, portanto, é taxativo! Da mesma forma que só a lei pode retirar qualquer herdeiro daquele elenco, somente a lei pode ampliar o seu conteúdo, não sendo permitido ao intérprete fazê-lo.

Argumento 3: restringir a liberdade testamentária do autor da herança, no caso, mostra absoluto descompasso com a realidade social, marcada pela interinidade dos vínculos conjugais. Notadamente nas uniões informais, que se formam e se

dissolvem mais facilmente que o casamento. Sem falar na insegurança jurídica que resultaria da necessidade de reconhecimento judicial *pos mortem* da UE, muitas vezes em relação de simultaneamente com um casamento válido, como se dá em grande parte das famílias recompostas.

Argumento 4: o STF não se manifestou, em momento algum, sobre a aplicação do art. 1.845 à sucessão da união estável. Os debates travados durante o julgamento nos levam a concluir que o STF, não só não quis assegurar esse *status* ao companheiro, como expressamente ressaltou a prevalência da liberdade do testador, na sucessão da UE. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do voto do Ministro Edson Fachin:

Como oitava premissa, emerge o argumento quanto à existência de desigualdade no elemento subjetivo que conduz alguém a optar pela união estável e não pelo casamento. Sob esse argumento, quem vive em união estável pretenderia maior liberdade. União estável, porém, não é união livre. União estável pressupõe comunhão de vida. Eventual desigualdade quanto à pressuposição de maior liberdade na união estável, por ser união informal, não justifica menor proteção às pessoas em regime de convivência do que àquelas casadas.

Se a informalidade da constituição da relação, a qual, repise-se, exige comunhão de vida para ser família, pudesse justificar direitos diferentes ou em menor extensão, também restaria afastada a incidência de regime de comunhão de bens, quanto aos efeitos *inter vivos*.

Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, *a priori*, menos direitos ou direitos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios. (RE 646.721, Ministro Edson Fachin, p. 57)

Considero os argumentos acima suficientes à formação e fixação de meu convencimento de que o companheiro sobrevivente não foi alçado à posição de herdeiro reservatário. E pelas mesmas razões, acrescidas àquelas que apresentei quanto à

sucessão legítima do cônjuge sobrevivente, concluiu que o companheiro jamais deveria figurar como herdeiro necessário.

5. CONCLUSÕES

As conclusões alcançadas ao final deste estudo são as seguintes:

a) O momento atual é de revisitação da legítima. E não apenas a legítima do cônjuge (e eventualmente) do companheiro. A própria legítima dos descendentes e dos ascendentes torna-se objeto de reflexão.

b) O cônjuge sobrevivente não deveria figurar como herdeiro necessário. A facilitação do divórcio, especialmente após a promulgação da EC 66/2010, e o crescimento das famílias recompostas, transformou a posição do cônjuge em um verdadeiro “cargo interino”. Ocupar a posição do cônjuge na data da abertura da sucessão converte-se em uma “loteria” e a fortuna é quem vai direcionar a proteção sucessória e a designação legítima. O fundamento da legítima do cônjuge deixou de ser o vínculo afetivo e se metamorfoseou na álea de se estar casado, ainda que por brevíssimo período, quando do óbito do outro. Pelas mesmas razões, dever-se-ia afastar a ideia de se estender ao companheiro sobrevivente o privilégio legítimo.

c) No Brasil, o inconformismo social com a transformação do cônjuge em herdeiro necessário pode ser comprovado pela tentativa empreendida pela jurisprudência de se excluir da concorrência sucessória, e também do rol de herdeiros necessários, os cônjuges casados em regime de separação convencional de bens. A experiência vivenciada a partir da entrada em vigor do CC/2002 não foi exitosa, impondo-se encontrar uma outra solução, *de lege ferenda*, que proteja o cônjuge sobrevivente (e também o companheiro), sem qualificá-los como herdeiros necessários. Nesse sentido merece aplausos a proposta constante do anteprojeto de lei elaborado pelo IBDFAM.

d) Somente a lei pode retirar a qualidade de “herdeiro necessário” dos descendentes, dos ascendentes e do cônjuge sobrevivente. Não pode o autor da herança, excluir nenhum desses herdeiros de sua sucessão, salvo nas estreitas hipóteses de deserdação. Por idêntica razão, somente a lei pode estender ao companheiro o privilégio legitimário.

e) Inexistindo menção expressa do companheiro no art. 1.845 e nem havendo o STF proclamado a inconstitucionalidade daquele dispositivo, é de se presumir a sua validade e higidez, de onde se conclui não ostentar o companheiro sobrevivente a qualidade de “herdeiro necessário”, o que, ademais, se coaduna com os anseios e expectativas sociais, em um cenário de evidente contestação à própria sucessão legitimária.