

CAROLINA ELUF

A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO
APÓS O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

São Paulo, 2014

CAROLINA ELUF

**A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO
APÓS O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002**

Monografia apresentada como requisito para aprovação no Curso de
Aperfeiçoamento em Direito da Família e Sucessões da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo - PUCSP, sob a orientação da Professora Maria Helena
Marques Braceiro Daneluzzi.

São Paulo, 2014

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
2. O RETROCESSO DO CÓDIGO CIVIL EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEGISLAÇÃO VIGENTE.....	6
2.1. Princípio do não retrocesso e princípio da igualdade	6
2.2. Constituição Federal de 1988.....	9
2.3. Lei n. 8.971/94 – lei que regula o direito aos alimentos e à sucessão ao companheiro.....	11
2.4. Lei n. 9.278/96 – lei que regula o direito real de habitação em concomitância com o Código Civil de 2002: questão controvertida no que tange à revogação do direito real de habitação concedido anteriormente ao companheiro.....	13
2.5. Da questão controvertida sobre o reconhecimento ou não do companheiro como herdeiro necessário.	16
3. DIREITO À MEAÇÃO: ANÁLISE GERAL DO ARTIGO 1.725 DO CÓDIGO CIVIL, CUJA REGRA GERAL É O REGIME PATRIMONIAL DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS	23
4. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ANÁLISE GERAL DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL.....	25
4.1. Concorrência do companheiro com descendentes comuns, exclusivos e híbridos.....	29
4.2. Concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis	32
4.3. Da concorrência do cônjuge com o convivente	35
4.4. Da totalidade da herança ao companheiro	38
4. 5. Da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.....	40
4.6. Subteoria da inconstitucionalidade total ou parcial de alguns incisos do artigo 1.790 do Código Civil.....	44
5. CONCLUSÃO	47

1. INTRODUÇÃO

É cediço que até a publicação da atual Constituição Federal, datada de 1988, a legitimidade da família nascia do casamento civil, considerando-se ilegítima a união de fato, sendo certo que, atualmente, sob o aspecto jurídico, a família é considerada como base da sociedade moderna, não sendo mais o casamento o único modo de união sob a proteção estatal, permitindo-se, assim, o amparo à família monoparental e à união estável que, inclusive houve por bem se estender recentemente para um ajuntamento homoafetivo.

A letra do artigo 1.723 da Lei Adjetiva Civil, que trata da união estável, dispõe que:

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

Embora a letra da lei supracitada estabeleça os respectivos elementos que caracterizam a união estável, tais como a continuidade, a união pública e duradoura, e a diversidade de sexos, com o escopo de se constituir uma família, é fundamental observar que, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADIN 4277 e na ADPF 132, ambas de relatoria do insigne Ministro Ayres Brito, reconheceu-se, com caráter vinculante, a extensão desse conceito às uniões homoafetivas, aplicando-se a elas as mesmas normas e consequências da união estável heteroafetiva.

Este trabalho visa abordar um tema bastante controverso e problemático, que possui inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais: a sucessão do companheiro, uma vez que o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 recebe diversas e severas críticas por afrontar princípios constitucionais como a isonomia e a justiça.

É notório que os conviventes em uma união estável não estão devidamente amparados pela legislação atual quanto às questões sucessórias, uma vez que as regras sucessórias aplicadas aos cônjuges em uma relação matrimonial não são as mesmas aplicadas aos conviventes em uma união estável, e são nítidas as injustiças e discrepâncias que decorrem dessa diferença, mesmo que a Constituição Federal de 1988 tenha assegurado

tratamento isonômico para todas as entidades familiares, incluindo a união estável.

No âmbito da família, partindo do princípio da igualdade, não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída pelo casamento, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se dar a mesma proteção legal, ademais quando a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não conferiu tratamento desigual ou perverso aos cônjuges e companheiros.

O descuido do legislador, ao elaborar o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, abre margem para situações confusas e não abrange vários casos específicos do cotidiano da nossa sociedade, e considerando-se a inconstitucionalidade do artigo em comento, o regime patrimonial adotado pelos companheiros terá influente relevância no tocante à sucessão.

Outro ponto polêmico a ser debatido neste trabalho é o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário em relação a todos os herdeiros que podem suceder à herança, e com isso, igualando o convivente ao cônjuge, por analogia. Esse problema ocorre em virtude de não constar o companheiro na ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil, e simultaneamente, constar no artigo 1.790 do Código Civil como participante na sucessão da herança de bens comuns.

Mais perversa e vergonhosa ainda é a inconcebível questão da sucessão do companheiro na hipótese de concorrência com um parente distante do “autor da herança”, como, por exemplo, um colateral até o quarto grau, como um tio-avô do *de cujus*, pois, caso seja aplicado o disposto no artigo 1.790 do Código Civil, o convivente terá direito à totalidade da herança apenas se não existir nenhum parente sucessível.

Outra notável injustiça se refere à interpretação literal do artigo 1.790 do Código Civil, que aborda a sucessão do companheiro somente na hipótese da existência de bens comuns com o autor da herança, excluindo-o dos bens particulares do *de cujus*, ou seja, se o *de cujus* tiver adquirido todo o seu patrimônio anteriormente à convivência, o companheiro nada receberá. E, pior

ainda, considerando-se a falta de herdeiros sucessíveis (ascendentes, descendentes e colaterais de até quarto grau), os bens particulares do falecido serão arrecadados como herança vacante, com adjudicação ao ente público beneficiário.

Necessário também se faz abordar questão controvertida na doutrina e jurisprudência quanto ao direito real de habitação do companheiro, uma vez que o Código Civil foi omissivo nesse aspecto, apesar de ter inovado por completo no tratamento do direito de sucessão na união estável. Assim, fica uma grande dúvida para ser resolvida no mundo jurídico, com posições antagônicas quanto ao fato de o Código Civil ter ou não revogado a Lei n. 9.278/96.

Também será tratado neste trabalho o retrocesso do Código Civil em relação à Constituição Federal e à legislação vigente, fato este que viola os princípios do não retrocesso e da igualdade. Para melhor introduzir o tema, será efetuada uma demonstração acerca da vigência da norma jurídica como a questão do direito intertemporal, ressaltando-se a importância da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para a solução de conflitos normativos, além de proceder-se à averiguação das disposições finais e transitórias.

É de suma importância saber se a Constituição Federal permite ao legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada o cônjuge do companheiro na matéria sucessória, para que se verifique se o artigo 1.790 do Código Civil possui ou não aplicabilidade. No decorrer do trabalho demonstraremos os motivos de nossa conclusão pela inconstitucionalidade do artigo em comento, por não haver lógica para tal diferenciação no sistema jurídico.

Necessário se faz retratar de forma objetiva as contradições constantes dos incisos do artigo 1.790 do Código Civil e suas inaplicabilidades totais ou parciais, quando observados diversos princípios constitucionais, fato este que possibilita o retorno de preconceitos que haviam sido superados pela Constituição Federal de 1988.

Enquanto o legislador não regularizar a matéria abordada, e os Tribunais Superiores não uniformizarem seus entendimentos acerca do tema em análise, nada será certo no aspecto prático quanto ao desfecho da polêmica sucessão do companheiro, uma vez que existem inúmeras correntes doutrinárias e jurisprudenciais em todos os sentidos nos diversos tribunais, fato este que está criando uma enorme insegurança jurídica em nosso sistema.

2. O RETROCESSO DO CÓDIGO CIVIL EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEGISLAÇÃO VIGENTE

2.1. Princípio do não retrocesso e princípio da igualdade

É de conhecimento público que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não era conferido aos conviventes nenhum direito de sucessão.

Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o legislador houve por bem dar também à família advinda da união estável a necessária proteção do Estado.¹

Por seu turno, consta no Índice Fundamental do Direito, que em 3 de abril de 1964 (*DJ* de 8/5/1964, p. 1237; *DJ* de 11/5/1964, p. 1253; *DJ* de 12/5/1964, p. 1277), o Supremo Tribunal Federal, editou a seguinte súmula:

“Súmula n. 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Desse modo, houve uma guinada no trato patrimonial dos conviventes, uma vez que anteriormente à edição da supracitada súmula tal fato era tratado no aspecto obrigacional, e com isso, para efetuar a partilha do patrimônio adquirido no período de companheirismo, era necessário comprovar que o patrimônio amealhado havia sido obtido por meio do esforço comum do casal para coibir o enriquecimento sem causa, o que tornava difícil a sua comprovação prática.

¹ Vide artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Em outras palavras, antes da modificação supracitada, o companheiro precisava comprovar a existência da conjugação do trabalho e das economias para a constituição de um patrimônio comum, não bastando para presumi-la a mera convivência, ainda que prolongada.

Nesse contexto, também foram criadas as Leis n. 8.971/94 (que regula o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão) e n. 9.278/96 (que regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal), esta última assegurando, no artigo 7º, parágrafo único, o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.

Com o surgimento do Código Civil, em 2002, defasado por conta do seu longo trâmite legislativo no Congresso Nacional, houve um evidente retrocesso em relação aos direitos dos companheiros no que tange ao Princípio da igualdade, uma vez que o cônjuge foi promovido à condição de herdeiro necessário, ficando o companheiro apenas na condição de herdeiro legítimo, sucessor geral ou, para alguns autores, sucessor regular, fato este que, em nossa opinião, é flagrantemente inconstitucional, uma vez que tal discrepância viola o princípio do não retrocesso social.

Acerca do tema, a renomada jurista Maria Helena Diniz assim nos transmite seus insígnies conhecimentos jurídicos:

*“Todavia, é preciso ressaltar que, pelo artigo 1790, I a IV, do Código Civil, tratando-se de concubinato puro, ou melhor, de união estável, o companheiro supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do de cujus, na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro sui generis, ou seja, sucessor regular (visto que não figura na ordem de vocação hereditária) somente quanto à ‘meação’ do falecido relativa aos bens adquiridos onerosamente na vigência do estado convivencial (...)”.*²

Mas não foi só essa a regressão que ocorreu quanto aos direitos do convivente, uma vez que o artigo 1.829 do Código Civil deixou o companheiro fora do rol da ordem de vocação hereditária, rebaixando a situação deste em relação ao que dispunha Lei n. 8.971/94 (lei que inseria o companheiro sobrevivente em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária), e o artigo 1.790 restringiu a concorrência do companheiro apenas aos bens comuns

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 170.

(jamais como herdeiro e sim como participante da sucessão da herança), não tendo direito aos bens particulares do autor da herança. Outra injustiça sofrida pelo convivente foi a omissão do legislador no que tange ao direito real de habitação, ao não contemplar o companheiro sobrevivente em relação ao imóvel destinado à moradia da família.

Constata-se que, na medida em que a dignidade da pessoa humana é fundamento constitucional, surge o chamado “princípio de não retrocesso social”, também denominado por alguns juristas de “aplicação progressiva dos direitos sociais”, visando à garantia e ao progresso de conquistas alcançadas pela sociedade.

Entretanto, o princípio acima abordado, foi expressamente acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Pacto de São José da Costa Rica e caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico já adquirido.

O ilustre jurista Canotilho aduziu sobre o tema abordado, dispondo que a proibição de retrocesso social faz com que os direitos sociais estejam garantidos como núcleo efetivo do ordenamento jurídico. Destarte, o legislador fica proibido instituir políticas discriminatórias.³

É notório que a proibição do retrocesso social consiste em importante conquista da civilização, uma vez que favorece e fortalece as estruturas da assistência social do Estado e aperfeiçoa a sustentação dos direitos fundamentais. Desse modo, torna-se primordial reconhecer que todo cidadão é igualmente merecedor de respeito em sua expressão máxima.⁴

Assim, no que tange às disposições referentes à sucessão advinda de união estável trazidas pelo Código Civil de 2002, elas contrariam frontalmente o princípio da igualdade e evidenciam um enorme retrocesso em relação à legislação anterior, uma vez que a lei civil limitou o direito de herança do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na constância da união

³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e teoria da constituição*, 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1998.

⁴ MACIEL, Álvaro dos Santos. Do princípio do não retrocesso social. Disponível em: <http://www.portalboletim.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2014.

estável. Nesse contexto, a desvantagem se torna mais evidente, pois nessa parcela do patrimônio já incidiria a meação.

Além do mais, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, fica impossibilitada a redução dos direitos sociais, garantindo ao cidadão a manutenção de direitos jurídicos obtidos anteriormente.

Entretanto, a dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção, e, partindo-se dessa premissa, contesta-se toda e qualquer ideia de que a dignidade humana encontre seu fundamento na autonomia de vontade.

Nesse sentido, Sarlet⁵ assim preleciona:

“(...) mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada”.

Assim, conclui-se que alcançar os primados da dignidade da pessoa humana, enquanto Estado Democrático de Direito, é um exercício efetivo de cidadania e democracia, que merece ser respeitada por toda a nossa sociedade.

2.2. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, no que diz respeito à parte dedicada à família e à sucessão, houve por bem reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, para fins de proteção do Estado, e com isso cessa a expressão concubinato, sendo certo que, assim, também incluiu aqueles que viviam uniões fora do matrimônio.

Consequentemente, a doutrina e jurisprudência se dividiram no tocante à aplicação dos novos princípios à grande diversidade de situações existentes quanto ao Direito Sucessório, uma vez que o legislador infraconstitucional levou seis anos para regular as novas relações, e a união estável só foi admitida de fato como família, com direitos sucessórios iguais ao casamento, com a edição das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

É importante destacar que no passado os companheiros apenas poderiam pleitear o reconhecimento da sociedade de fato como mera relação obrigacional, de modo a coibir o enriquecimento sem causa.

Com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, a partir da Constituição Federal de 1988, houve ampliação do conceito de família, sendo inseridas a família monoparental, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus dependentes, e a união estável entre homem e mulher, devendo-se facilitar sua conversão em casamento.

Desse modo, não mais se justifica a discrepância de tratamento entre cônjuge e convivente quanto à sucessão, uma vez que se deve atender aos indivíduos, reconhecendo-se a célula familiar independentemente de haver matrimônio ou união estável, já que o artigo 1.790 do Código Civil não é compatível com o sistema jurídico de proteção às entidades familiares nem com o direito fundamental à herança. A união estável é uma entidade familiar de estatura constitucional tanto quanto o casamento, não havendo hierarquia entre ambas. Acerca do tema, a ilustre jurista Maria Berenice Dias assim nos ensina:

*“(...) No entanto, há sério risco de a jurisprudência deixar de reconhecer a permanência de ditos direitos na união estável bem como afastar todo e qualquer tratamento desigualitário ente casamento e união estável. Seria uma severa limitação às relações extramatrimoniais, além uma injustificável afronta aos princípios constitucionais. Devem as diferenciações ser afastadas do sistema jurídico. Mas, até que seja corrigido tal equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo a inconstitucionalidade das mesmas. Esta é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes as uniões que merecem a proteção do Estado (...)”.*⁶

Assim, podemos concluir que a proteção jurídica prestada pelo Estado à entidade familiar abrange não só direitos de cunho pessoal (respeito, educação, filhos) como também os de natureza patrimonial, quais sejam: alimentos, comunhão dos bens e sua transmissão após a dissolução ou morte de um dos companheiros, fato este que comprova que a Constituição Federal

⁶ DIAS, Maria Berenice. A União Estável. Disponível em: <http://www.mbdias.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2014.

de 1988 operou significantes modificações no conceito de família em nossa sociedade.

2.3. Lei n. 8.971/94 – lei que regula o direito aos alimentos e à sucessão ao companheiro

Com o advento da Lei n. 8.971/94, o legislador infraconstitucional regulamentou o comando constitucional que recepcionou a união estável como entidade familiar, dispondo sobre o direito aos alimentos e conferindo a sucessão legítima à companheira, na falta de herdeiros necessários.

A lei supracitada também estabeleceu que na hipótese de inexistência de testamento válido dispondo o contrário, a sucessão legítima se estenderia em sua integralidade ao companheiro, e não aos colaterais. Desse modo, essa lei exigia a união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união marital pelo prazo de cinco anos, ou a qualquer tempo, considerando-se a existência de prole comum.

Como se observa, o legislador estipulou, na hipótese de existir descendentes ou ascendentes, enquanto o cônjuge sobrevivente não constituir nova união, o direito ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, e à metade desses bens, inexistindo descendentes.

A lei em comento também estipulou que na falta de descendentes e de ascendentes o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança, bem como o direito à meação na hipótese de os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do companheiro.

Imperioso ressaltar que não houve revogação expressa da Lei n. 8.971/94 pelo Código Civil de 2002, fato este que acarreta sérios entraves e enormes prejuízos aos conviventes sob o manto da união estável, especialmente quanto aos direitos sucessórios, uma vez que ficaram a cargo do Poder Judiciário todas as decisões referentes à aplicabilidade ou não desta lei ou da novel lei substantiva civil brasileira.

É cediço que em razão da norma constitucional inserida no artigo 5º, XXXV, o Poder Judiciário não pode se negar à apreciação de ameaça ou lesão

a direito, bem como não há unanimidade na nossa jurisprudência e doutrina acerca dessa matéria, fato que faz surgir decisões em ambos os sentidos.

Como o novel estatuto não revogou expressamente esse diploma legal, e não disciplina exaustivamente a matéria, mister reconhecer que não está derogado o direito deferido na legislação pretérita.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz aduz:

*“Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, **o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atina os adquiridos onerosamente e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto, todos os bens do de cujus**, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1844, 1ª parte, do Código Civil, que é uma norma especial (relativa à herança vacante), sobrepondo-se ao artigo 1.790, IV (norma geral da sucessão dos companheiros). Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o de cujus, do direito à totalidade da herança dando a prevalência à entidade pública. Se assim não fosse, instaurar-se-ia no sistema jurídico uma lacuna axiológica. Aplicando-se o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, procura-se solução mais justa, amparando o companheiro sobrevivente.”* (grifos nossos.)

Em sentido contrário, a ilustre professora Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi⁸ aduz que:

*“(...) o convivente poderá ser excluído da sucessão, pois não lhe foi outorgado pela lei a qualidade de herdeiro necessário, e não terá direito a legítima. (...) c) Só herdará a totalidade da herança se não houver nenhum herdeiro sucessível, o que é quase impossível, pois estaríamos falando de herança jacente ou vacante e do Poder Público como sucessor, e não como herdeiro (art. 1.844). **Situação especial a que se encontra o convivente, pois, se não houver bens adquiridos por esforço comum, não será herdeiro, e, em alguns casos, o Poder Público será único sucessor, mesmo havendo união estável.** Críticas teríamos a tecer, em razão de tudo que já expusemos alhures, mas ocuparíamos muitas e muitas páginas a delineá-las, o que nos afastaria de nosso tema. **Mas, fato é que a nova lei civil optou por outorgar tratamento diferenciado à união estável ou convivência duradoura e o casamento, mesmo diante do disposto no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal.**”* (grifos nossos.)

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, p. 174.

⁸ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras jurídicas, 2004. p. 166 e s.

Diante da ausência normativa aplicável ao caso em espécie, ficará a cargo do julgador decidir se existe aplicabilidade ou não do regramento que confere a sucessão legítima à companheira, na falta de herdeiros necessários. No nosso entendimento, necessário se faz aplicar à companheira a referida lei, do mesmo modo que se aplica ao cônjuge, por analogia, uma vez que nossa Constituição Federal protege ambas as formas de se constituir uma família.

2.4. Lei n. 9.278/96 – lei que regula o direito real de habitação em concomitância com o Código Civil de 2002: questão controvertida no que tange à revogação do direito real de habitação concedido anteriormente ao companheiro

O direito real de habitação está previsto no Código Civil nos seguintes termos:

*“Art. 1831. Ao **cônjuge sobrevivente**, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”* (grifos nossos.)

O direito real de habitação tem por objetivo garantir o direito fundamental à moradia (artigo 6º da Constituição Federal de 1988) e o postulado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

Questão controversa surge quando se trata do direito real de habitação ao companheiro na união estável, uma vez que há duas posições que estão dividindo a nossa doutrina e jurisprudência.

É notório, no que tange ao Código Civil, a atual prevalência do cônjuge em relação ao companheiro quanto ao direito real de habitação. Houve nítido retrocesso no direito sucessório sobre esse aspecto, uma vez que o artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96 preleciona que, dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir uma nova união estável ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Embora a Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 3º, reconheça a união estável como entidade familiar para efeitos da proteção do Estado, o legislador do Código Civil foi omissivo, atribuindo o direito real de

moradia, previsto no artigo 1.831, somente ao cônjuge, sem mencionar o convivente, em que pese ter inovado quando do tratamento por completo do direito de sucessão na união estável.

A **primeira tese confere o direito de moradia somente ao cônjuge**, lamentavelmente, não se aplicando ao companheiro sobrevivente. Está embasada no fato de o Código Civil, ao regulamentar a matéria relativa à sucessão entre companheiros, não ter deixado margem à dúvida, já que não houve revogação expressa acerca do tema, bem como por ter o Código Civil de 2002 regulamentado inteiramente o assunto, e, assim, revogado tacitamente as antigas leis existentes que tratavam a sucessão do companheiro.

Desse modo, consideram insubsistente, em vista do disposto no Código Civil de 2002, o direito real de habitação do convivente os juristas José Francisco Cahali e Zeno Veloso, citados pela professora Maria Helena Diniz.⁹

Em contrapartida, existe uma **segunda tese** jurídica mais coerente em sentido oposto, cujo entendimento está pautado no fato de que o Código Civil não revogou o artigo da Lei n. 9.278/96, permanecendo ele vigente e **concedendo o direito de habitação ao companheiro sobrevivente**. Essa segunda corrente entende que deve ser aplicada a analogia para evitar injustiças em relação aos conviventes. Considerando permanecer tal dispositivo vigente, o companheiro sobrevivente faz jus, diferentemente do cônjuge, ao direito de moradia apenas enquanto não contrair casamento ou união estável.

A tese supracitada é considerada subsistente no entendimento do ilustre jurista Paulo Lôbo.¹⁰

Nesse sentido, em sua brilhante obra, Maria Helena Diniz nos ensina:¹¹

“(...) urge lembrar que o companheiro sobrevivente, por força da Lei 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, e, analogicamente, pelo disposto nos artigos 1.831 do CC e 6º da CF (Enunciado n. 117 do STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002), também terá direito

⁹ CAHALI, José Francisco; VELOSO, Zeno. *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, p. 179.

¹⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5. p. 145-146.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6, p. 178.

real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família; mas pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente. Diante da omissão do Código Civil (norma geral), o artigo 7º, parágrafo único daquela Lei estaria vigente, no nosso entender, por ser norma especial (...)”.

Imperioso se faz abordar, ao analisar a questão supracitada, que o direito real de habitação decorre da solidariedade e da mútua assistência, que também devem existir entre os conviventes que vivem em união estável, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade. Até porque o Código Civil vigente não revogou a Lei n. 9.278/96, que também assegura o direito real de habitação ao sobrevivente quando do falecimento de um dos conviventes da união estável.

A manutenção do direito de habitação no imóvel residencial do casal atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. Esse direito mostra-se em paralelo ao direito atribuído ao cônjuge pelo atual Código no artigo 1.831. Não somente essa disposição persiste na lei antiga, como também, a nosso ver, o disposto no artigo 5º, que diz respeito aos bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável, que passam a pertencer aos conviventes em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação escrita em contrário. De qualquer forma, a situação desses dispositivos é dúbia e trará incontáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278/96. Desse modo, inexistente incompatibilidade entre as duas legislações, cuja equiparação entre união estável e casamento foi levada a efeito pela Constituição Federal.¹²

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem decidir acerca do caso *in espécie*, do seguinte modo:

¹² LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5. p. 145-146.

“DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1 - O CC/1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o Regime da Comunhão Universal de Bens. 2 - A Lei nº 9.278/1996 conferiu direito equivalente aos companheiros e o CC/2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3 - **A CF (art. 226, § 3º), ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do art. 1.611 do CC/1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo CC/2002. 4 - Recurso Especial improvido.”¹³(grifos nossos.)**

Desse modo, conclui-se que, independentemente da questão de haver ou não a contribuição do companheiro na aquisição do imóvel usado como moradia dos conviventes, é assegurado pelo Código Civil ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação relativo ao único imóvel destinado à residência da família, regra esta que é estendida à companheira, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade, uma vez que inexiste lógica ou coerência nesta diferenciação de tratamento jurídico entre cônjuge ou companheiro em um núcleo familiar.

Mesmo porque, devemos considerar que as normas que regulavam o direito sucessório antes do advento do Código Civil de 2002 não foram revogadas, nem tácita nem expressamente.

2.5. Da questão controvertida sobre o reconhecimento ou não do companheiro como herdeiro necessário.

Constata-se a possibilidade de o convivente ser excluído da sucessão, uma vez que não lhe foi outorgada pelo Código Civil, em seu artigo 1.845, a

¹³ STJ, REsp 821.660-DF, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 14-6-2011.

qualidade de herdeiro necessário, sendo contemplados como tal apenas o ascendente, o descendente e o cônjuge.

Desse modo, pela letra da lei em comento, o companheiro não possui o direito à legítima, fato este que viola o princípio da igualdade.

Dessa feita, surge outra questão controversa, que divide a doutrina e a jurisprudência pátria, ensejando decisões conflitantes em situações similares, em virtude da situação criada pelo legislador.

Uma **primeira tese** é defendida pelo insigne jurista Eduardo de Oliveira Leite¹⁴. O ilustre doutrinador nos ensina que:

*(...) não resta dúvida que a ideia de igualdade e equiparação entre as duas realidades ressurgirá sempre veemente, com a ressalva que o **cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e o companheiro herdeiro facultativo** (...).* (grifos nossos.)

A **segunda tese** acerca do tema está inserida na brilhante obra do renomado jurista Caio Mário da Silva Pereira¹⁵, que assim nos transmite seus insígnios conhecimentos jurídicos:

“Não haverá como o testador, em qualquer das duas hipóteses (do art. 1.790), suprimir, por ato de última vontade, a vocação do companheiro, não se podendo, por isso, deixar de ali reconhecer herança necessária (...).”

Considerando a segunda tese em questão, denota-se que a norma em comento, **é materialmente inconstitucional**, uma vez que, no lugar de dar proteção à família fundada no companheirismo, retira do companheiro os direitos já adquiridos anteriormente, nos termos da Lei n. 8.971/94, que houve por bem equiparar a situação do companheiro à do cônjuge, fato esse que configura um grave retrocesso na nossa legislação, e merece ser reparado.

Nesse sentido, vejamos o entendimento advindo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁶, que assim nos ensina:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente

¹⁴ Trecho extraído do AgI 2004.002.16474-RJ, rel. Des. Odete Knaack de Souza, j. em 19-4-2005.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil: direito das sucessões*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 6, p. 165.

¹⁶ TJ/RS, AgI 7000.95.24612, rel. Des. Rui Portanova, j. em 18-11-2004.

*tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do novo código civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito. **Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite.** Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. **Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no novo código civil são inconstitucionais.** Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Negaram provimento”. (grifos nossos.)*

Ao analisar a jurisprudência acima transcrita, podemos constatar que houve um grande avanço jurídico por parte do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma vez que deixou de aplicar a letra da lei civil brasileira para adequar o caso concreto ao que é realmente justo; inclusive, houve por bem declarar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, uma vez que o artigo em comento trata-se de um verdadeiro retrocesso ao direito moderno e social.

Constata-se que a aplicação da Lei n. 9.728/96 (lei que aborda a união estável), não revogou o artigo 2º da Lei n. 8.791/94 (lei que regula ao companheiro o direito a alimentos e sucessão), o qual assegurou à companheira sobrevivente o mesmo *status* hereditário do cônjuge supérstite – prevalência da norma especial sobre a geral.

Concluindo este tópico, espera-se que ocorra um remédio eficaz para solucionar a questão sucessória do companheiro. Enquanto isso, cabe aos nossos Tribunais, por meio de decisões sensatas, preencher a lacuna deixada pelo legislador ao redigir a sucessão do Código Civil atual, aplicando de modo justo os direitos dos conviventes em união estável, levando-se em consideração o princípio da isonomia constitucional, que aborda a igualdade de todos perante a lei.

Assim, não existe união inferior na união estável em relação ao casamento, mas sim opções diferentes, já que nós, cidadãos, temos a

liberalidade de escolhermos os nossos próprios caminhos. A única diferença a ser apontada é que o casamento é um contrato bilateral (uma vez que a sua celebração possui o consentimento dos contratantes, a sua desconstituição ocorre por simples vontade das partes, e é um conceito moderno de contrato cooperativo), enquanto a união estável é um contrato afetivo que nem sempre se consolida por meio de uma escritura pública por tratar-se de uma situação fática, mas que possui o mesmo objetivo do casamento: constituir uma família.

2.6. Do reconhecimento da união estável homoafetiva

Importante se faz esclarecer, neste tópico, que embora a nossa Constituição Federal e o Código Civil apenas reconheçam expressamente a união estável constituída entre homem e mulher, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem confirmar a união estável homoafetiva, uma vez que o relacionamento entre homossexuais deve ser tutelado pelo Direito, já que entre as pessoas do mesmo sexo pode surgir uma união de vida baseada na existência de um relacionamento afetivo, pautado por assistência mútua e solidariedade, análogo ao relacionamento de relações heterossexuais.¹⁷

Nesse sentido, o artigo 4º da LINDB dispõe:

“Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Tendo em vista que o artigo 1.723 do Código Civil é omissivo em relação ao reconhecimento da união homoafetiva, o julgador pode excluir qualquer forma de interpretação que não reconheça a união em comento como uma opção de família, de modo que os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais sejam aplicados a esta entidade familiar.

O fato de a união afetiva supracitada ser constituída por pessoas do mesmo sexo, e ser despida de norma legislativa que a regule, não significa que ela esteja à margem do Poder Judiciário, que deve assegurar os direitos dessas pessoas aplicando por analogia as normas estabelecidas aos

¹⁷ Notícia extraída do site do STJ sobre a decisão concedida pela 4ª Turma, em 25 de outubro de 2011, admitindo casamento entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 fev. 2014.

casais heterossexuais e jamais rechaçá-la pelo fato de não se enquadrar no que a sociedade denomina “normal”.

Necessário se faz, por meio de interpretação analógica e de hermenêutica contemporânea, aplicar às uniões homossexuais os mesmos efeitos decorrentes de uma união estável, ou seja, salvo pacto antenupcial estipulando o regime de bens do casal, deverá vigorar o estatuto patrimonial estabelecido no regime da comunhão parcial de bens, em observância aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, bem à erradicação da marginalização e à promoção do bem-estar de todas as pessoas, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos moldes do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea rompem, definitivamente, com o antigo modelo tradicional de família. A sociedade moderna passa a conceber um modelo familiar descentralizado, desmatrimonializado e igualitário, em que a mola propulsora é o afeto, e não mais a conquista do patrimônio.

A família pós-moderna funda-se em valores como o afeto, a solidariedade e o respeito mútuo entre seus membros. A compreensão de família apresenta-se sob diversas formas possíveis e imagináveis de se demonstrar amor e afeto.

Embora a letra da lei supracitada estabeleça os respectivos elementos que caracterizam a união estável, tais como a continuidade, união pública, diversidade de sexos, união duradoura, com o escopo de se constituir uma família, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, cuja relatora do caso, a ministra Nancy Andrighi, afirmou que, enquanto a lei não garante os direitos dos homossexuais, a Justiça tem o dever de fazê-lo, nos seguintes termos:

*“A negação aos casais homossexuais dos efeitos inerentes ao reconhecimento da união estável impossibilita a realização de dois dos objetivos fundamentais de nossa ordem jurídica, que é a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.*¹⁸

¹⁸ STJ, REsp 930.460-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 19-5-2011.

Diante do quadro em comento, houve um grande avanço jurídico e humanitário quanto ao combate da exclusão da família em relação aos casais homossexuais, inclusive os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável entre casais do mesmo sexo, bem como diversos ministros acompanharam o entendimento do ministro Ayres Brito pela procedência das ações com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado dado ao artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.¹⁹

Destacamos a resolução proferida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) consolidando o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, aprovando a proposta feita por seu ilustre presidente, o ministro Joaquim Barbosa, que obriga os cartórios de todo o país a registrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A Resolução n. 175, também determina que sejam convertidas em casamento as uniões estáveis homoafetivas já registradas. Desse modo, concluímos que, se a própria Constituição Federal determina a facilitação da conversão da união estável em casamento, e tendo em vista o fato de não existir impedimento no ordenamento jurídico para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, deve ser aplicada a regra do direito privado segundo a qual é permitido tudo o que não é expressamente proibido.²⁰

A despeito de ser uma norma principiológica fundamental, a Constituição Federal de 1988 explicita no parágrafo 3º do artigo 226 o significado da família como entidade jurídica, do seguinte modo:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a

¹⁹ Notícia extraída do site do STF sobre o reconhecimento da união homoafetiva em 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 fev. 2014.

²⁰ Notícia extraída do site do STJ sobre a Resolução do CNJ que consolida o entendimento do Superior Tribunal quanto ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, de 15 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 fev. 2014.

união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Vejamos abaixo, a decisão proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça²¹, que reconheceu a união estável homoafetiva e a partilha de bens

“CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO AFETIVA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO POST MORTEM CUMULADA COM PEDIDO DE PARTILHA DE BENS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. 1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. 2. **Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar. 3. **O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça.** O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos. 4. **Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.** 5. **Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome do falecido, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que****

²¹ STJ, REsp 930.460-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 19-5-2011.

nesses casos, é presumida. 6. Recurso especial provido. (grifos nossos.)

Desse modo, conclui-se ser um enorme avanço da sociedade civil a promoção da autodeterminação que impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, uma vez que o homossexual não é um cidadão de segunda categoria, bem como a sua orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir essa família da proteção jurídica representada pela convivência em união estável homoafetiva, e muito menos diminuir os seus direitos e sua dignidade, fato esse que impõe a exclusão de qualquer interpretação ao artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

3. DIREITO À MEAÇÃO: ANÁLISE GERAL DO ARTIGO 1.725 DO CÓDIGO CIVIL, CUJA REGRA GERAL É O REGIME PATRIMONIAL DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Vale destacar a importância do estudo do regime patrimonial atribuído à união estável para a matéria sucessória, assim como a inovação trazida pelo Código Civil ao vincular o efeito patrimonial do casamento e seu respectivo regime de bens à questão sucessória, nos termos dos artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil.

Por seu turno, o Brasil é um dos poucos países que optou por agrupar o direito sucessório ao regime matrimonial de bens, a exemplo da Alemanha (artigo 1931 do Código Civil Alemão - BGB).²²

Como regra geral, nos casamentos em que não há pacto antenupcial vigora o regime legal, enquanto no caso da união estável o regime vigente é o da comunhão parcial de bens, conforme preceitua o artigo 1.725 do Código Civil, sem que seja preciso demonstrar o esforço comum dos conviventes na aquisição dos bens na vigência dessa união.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz aduz:²³

²² DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras jurídicas, 2004, p. 252.

“O patrimônio dos conviventes (CC, art. 1.536, 1.727 e 1.723, parágrafo 1º) rege-se pelo princípio da liberdade (CC, arts. 1.725, 1.658 e 1.666), pois se não houver convenção escrita sobre o patrimônio a ser seguida durante a união estável prevalecerá entre eles o regime da comunhão parcial. Morto um deles, o seu patrimônio será inventariado, dele retirado a meação do convivente, alusiva aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, que não são transmissíveis aos herdeiros. Em relação a outra metade (herança) daqueles bens deverá concorrer com descendentes, ascendentes e colaterais até o 4º grau. Os demais bens do de cujus obtidos onerosamente antes da união estável ou por eles recebidos a título gratuito (herança ou doação) serão inventariados e partilhados somente aos seus herdeiros na ordem da vocação hereditária. E se não houver bens comuns amealhados durante a convivência, o companheiro supérstite nada receberá a qualquer título, nem meeiro, nem como herdeiro, visto que não fará jus a qualquer quinhão hereditário, mesmo que o de cujus não tenha descendente, ascendente, pois sua herança será deferida aos colaterais até 4º grau”.

Segundo as normas contidas nos artigos 1.658, 1.660, I e 1.725, todos do Código Civil, no regime da comunhão parcial, e, conseqüentemente, na união estável, comunicam-se os bens que sobrevieram ao casal na constância do relacionamento, ainda que em nome de somente um dos conviventes.

Importante se faz destacar que a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, bem como a nossa jurisprudência, prevê a meação entre companheiros.

Nesse sentido, o artigo 1.725 do Código Civil preleciona que:

*“Na união estável, **salvo contrato escrito** entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.* (grifos nossos.)

No aspecto patrimonial, como regra geral (que é a ausência de pacto antenupcial estipulando o regime de bens vigente no companheirismo), surge uma situação de “condomínio de partes iguais” do patrimônio amealhado pelos conviventes, inclusive com a comunicação dos aquestos, salvo se havidos com o produto de bens adquiridos anteriormente, bens frutos de doação ou herança a somente um dos conviventes e bens de uso pessoal.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 170.

No “regime legal de bens do companheirismo”, existe a possibilidade legal dos conviventes estipularem um contrato escrito dispondo de forma diversa quanto à divisão de bens havidos durante a convivência e a sua administração.

Considerando a letra da lei no **plano sucessório** quanto à união estável, o regime de bens é irrelevante, uma vez que o fator diferencial está embasado na origem dos bens havidos pelo autor da herança, bastando que tenham sido adquiridos onerosamente durante a convivência para que se dê o direito em favor do companheiro no concurso com os demais herdeiros. Com efeito, a regra do artigo 1.790 do Código Civil é mais favorável ao companheiro nesse aspecto, uma vez que na hipótese do cônjuge sobrevivente ser meeiro não terá participação na herança concorrendo com descendentes.

4. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ANÁLISE GERAL DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 1.790 do Código Civil vigente, que regula o direito sucessório dos companheiros, preleciona que:

“Art. 1.790 - A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência de união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

Considerando as regras inseridas no artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro possui direito à herança de uma forma distinta do cônjuge, uma vez que somente participará da sucessão quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, e em condições diferenciadas das do cônjuge.

Nesse sentido é o entendimento da ministra NANCY ANDRIGHI, proferido em Embargos de declaração:²⁴

“DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. DE CUJUS QUE, APÓS O FALECIMENTO DE SUA ESPOSA, COM QUEM TIVERA UMA FILHA, VIVIA, EM UNIÃO ESTÁVEL, HÁ MAIS DE TRINTA ANOS, COM SUA COMPANHEIRA, SEM CONTRAIR MATRIMÔNIO. INCIDÊNCIA, QUANTO À VOCAÇÃO HEREDITÁRIA, DA REGRA DO ART. 1.790 DO CC02. ALEGAÇÃO, PELA FILHA, DE QUE A REGRA É MAIS FAVORÁVEL PARA A CONVIVENTE QUE A NORMA DO ART. 1.829, I, DO CC02, QUE INCIDIRIA CASO O FALECIDO E SUA COMPANHEIRA TIVESSEM SE CASADO PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. AFIRMAÇÃO DE QUE A LEI NÃO PODE PRIVILEGIAR A UNIÃO ESTÁVEL, EM DETRIMENTO DO CASAMENTO. - O ART. 1.790 DO CC02, QUE REGULA A SUCESSÃO DO DE CUJUS QUE VIVIA EM COMUNHÃO PARCIAL COM SUA COMPANHEIRA, ESTABELECE QUE ESTA CONCORRE COM OS FILHOS DAQUELE NA HERANÇA, CALCULADA SOBRE TODO O PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO FALECIDO DURANTE A CONVIVÊNCIA. - A regra do art. 1.829, I, do CC02, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o de cujus pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controversa na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o de cujus tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares. - Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil. - É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC02 defendidas pela doutrina, uma quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias. - Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no

²⁴ STJ, REsp 1117563-SP, rel. Min. Nancy Andrigli, j. em 17-12-2009.

plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. - Até o advento da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02. - Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes. Recurso especial improvido”. (grifos nossos.)

De um lado, é bastante desvantajosa a posição do companheiro em relação ao cônjuge, uma vez que o Código Civil reserva somente ao último a qualificação de herdeiro necessário, concomitantemente aos descendentes ou ascendentes, nos termos do artigo 1.845 do Código Civil, bem como a participação do companheiro na herança ocorre apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na união estável, o que representa uma vedação aos demais bens, ainda que faltem herdeiros sucessíveis.

Por outro lado, significa um injustificável excesso, pois nada recomenda que o companheiro, na hipótese de remanescer apenas bens comuns do casal, aquinhoar parcela superior àquela que tocara ao cônjuge, quando já goza da meação sobre os bens havidos dessa união, circunstância que faz com que a doutrina observe que, por vezes, a união estável confere mais direitos ao convivente do que o casamento aos cônjuges, pois, em hipótese semelhante, o cônjuge teria apenas resguardado o seu direito à meação, sem nenhuma participação na herança, com exceção ao direito real de habitação.

Vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca do tema em espécie:

*“(...) O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **rejeitou pretensão de companheira sobrevivente à percepção cumulativa de meação e cota na herança dos filhos**. Assenta o julgado que o preceito do artigo 1.790, II, do Código Civil comporta interpretação teleológica e sistemática, pois do contrário estar-se-ia*

*admitindo favorecimento maior ao convivente do que ao cônjuge. E acrescenta que o dispositivo citado há de ser entendido em conjunto com os arts. 1.725 e 1.929, I, do referido diploma legal, **posto que a intenção do legislador certamente não foi autorizar a cumulação dos direitos de meação e herança, acarretando diminuição da participação dos herdeiros necessários no acervo hereditário, mas sim evitar que o convivente ou o cônjuge sobrevivente fique desamparado e desprovido dos bens que pertenciam ao falecido.** Ainda, vista a questão sob plano constitucional: assim, à luz também do preceito contido no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, não há razão de se atribuir também à agravante participação na sucessão do companheiro em decorrência com os descendentes do falecido, **sendo pertinente salientar que a pretendida duplicidade de direitos, se admitida, redundaria em prejuízo aos herdeiros necessários, os quais teriam suas quotas diminuídas em benefício da companheira, que já tem uma participação considerável em relação aos bens adquiridos em comum pelos conviventes**”.²⁵ (grifos nossos.)*

Em outro julgamento do mesmo Tribunal, quanto ao teor do artigo 1.790 do Código Civil, consta no corpo do voto proferido pelo ilustre desembargador Francisco Loureiro²⁶, o quanto segue:

*“(...) **Traça a cabeça do artigo – deslocado do capítulo da ordem da vocação hereditária** – o universo dos bens sobre ao quais incide a sucessão do companheiro, nos seguintes termos: ‘a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável’. **O preceito contradiz tudo o que o novo Código Civil projetou para a sucessão do cônjuge. O princípio é oposto.** Na sucessão do cônjuge, acima estudada, a ideia é garantir a dignidade do viúvo, contemplando-o de modo inversamente proporcional ao seu regime de bens do casamento. **Quanto mais recebe o cônjuge como meeiro, menos recebe como herdeiro. Já na sucessão do companheiro, de modo incompreensível, este participa da sucessão do falecido quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Em termos diversos, concorre à herança além da meação, em posição mais favorável até mesmo do que a do cônjuge. (...) Uma interpretação literal e exegética do artigo 1.790 – tão a gosto do pensamento liberal que orientou o Código de 1916 – levaria à fácil conclusão de que o regime radicalmente distinto da sucessão do companheiro nada mais é do que a melhor expressão da norma constitucional, que não equiparou o casamento à união estável, mas, ao invés, conferiu primazia ao primeiro (...)**”.* (grifos nossos.)

²⁵ TJ/SP, AgI 336.392-4/8, rel. Des. Ruiter Oliva, j. em 29-6-2004.

²⁶ TJ/SP, AgI 0161613-15, rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 25-10-2012.

A solução mais adequada à questão supracitada seria igualar a situação do companheiro à do cônjuge sobrevivente na sucessão, no sentido de que o benefício da herança seria a ele concedido também em relação aos bens particulares do falecido.

Pelos motivos supracitados, o artigo 1.790 do Código Civil, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, tem despertado significativos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca de sua constitucionalidade, como preceituam alguns doutrinadores, partindo da premissa que a união estável possui a mesma proteção que o Estado confere a família fundada no casamento.

Deste modo, concluímos este tópico com as sábias palavras do insigne jurista Zeno Veloso, que assim se manifestou acerca do tema em análise:

“(...) o artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco”, concluindo ao final que “(...) a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro, sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as inspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais”.²⁷

4.1. Concorrência do companheiro com descendentes comuns, exclusivos e híbridos

É evidente, entendemos, a falta de técnica legislativa constante no artigo 1.790, I, do Código Civil, ao dispor sobre a concorrência do companheiro com os filhos comuns, e não com os descendentes do autor da herança, o que fica mais claro ao analisarmos o inciso II do mesmo artigo, que faz correta menção aos descendentes.

Mais injustificável ainda é a distinção quanto às quotas da herança cabíveis ao companheiro (baseada na concorrência com filhos comuns ou exclusivos do autor da herança) e ao cônjuge em situação análoga, nos termos dos artigos 1.829, inciso I, e 1.832 do Código Civil, uma vez que essa

²⁷ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. *Direito de família e o novo Código Civil*. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

diferenciação fere o princípio de proteção legal da família, seja ela formada pelo casamento ou pela união estável.

Ao analisar o artigo 1.790 do Código Civil (que preleciona a sucessão do companheiro), verifica-se que o convivente não herdará os bens particulares do *de cujus* havidos antes da convivência ou a título gratuito, bem como que o companheiro terá, pelo direito de concorrência, quota igual a dos filhos comuns e somente metade da quota atribuída aos filhos exclusivos do autor da herança, não havendo solução para a hipótese de existirem, simultaneamente, filhos comuns do casal e exclusivos do autor da herança.

Em outras palavras, o cônjuge terá participação na herança idêntica à de cada descendente, com o acréscimo da quarta parte da herança quando, a disputa se der com filhos comuns.

Muito mais conturbada e polêmica será a partilha da herança quando houver filhos de híbrida origem, diante da ausência de previsão legal contemplando essa possibilidade. Desse modo, existem três possibilidades quanto ao modo de partilha da herança:

a) todos os filhos devem ser considerados como se fossem comuns, para dar ao companheiro quota igual.

Entretanto, há doutrinadores, como Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Francisco José Cahali, Mário Delgado, Sílvio Venosa, Guilherme Calmão Nogueira da Gama, dentre outros, que entendem que a divisão igualitária do inciso I do artigo 1.790 seria mais adequada para o caso.²⁸

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim se manifestou:

*“Agravado de Instrumento. Sucessões. Inventário. Concorrendo a companheira com filha comum do casal e filhos exclusivos do de cujus, possui ela direito à herança, nos moldes do art. 1.790, I, do CCB. Recurso provido”.*²⁹

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 173.

²⁹ TJ/RS, AgI 70.018.904.763, rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. em 23-5-2007.

b) todos os filhos devem ser considerados como se fossem exclusivos, para restringir a quota do companheiro à metade.

Mais acertada seria a consideração de todos os filhos como se fossem exclusivos do autor da herança, uma vez que a sucessão é do falecido e não de sua convivente, além de um filho herdar em decorrência de ser descendente de determinada pessoa.

Segundo a renomada jurista Maria Helena Diniz, acerca do tema em espécie:

*“E se houver filhos comuns e filhos só do falecido? O cônjuge sobrevivente teria ainda direito à quota de $\frac{1}{4}$ do monte-mor? Surge aqui uma **lacuna normativa, a ser preenchida pelo critério apontado no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que é o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos** (CF, art. 227, parágrafo 6º, CC, arts. 1596 a 1619), consagrado pelo nosso direito positivo. **Se assim é, só importa, para fins sucessórios, a relação de filiação com o de cujus (autor da herança) e não a existente cônjuge supérstite.** Por isso, para que não haja cotas diferentes entre os filhos do falecido, diante da omissão legal, parece-nos, que este deveria receber quinhão igual ao dos filhos exclusivos, que herdam por cabeça, não se aplicando a quota hereditária mínima de $\frac{1}{4}$. Nesse sentido o Enunciado n. 526 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil: ‘na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida’. Acatar-se-ia, assim, além do princípio da isonomia, o da operabilidade (LINDB, art. 5º).³⁰*

Acerca do tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim se manifestou:

“Concorrência entre filhos comuns e exclusivos: Inventário. Partilha judicial. Participação da companheira na sucessão do de cujus em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Concorrência da companheira com descendentes comuns e exclusivos do falecido. Hipótese não prevista em lei. Atribuição de cotas iguais a todos. Descabimento. Critério que prejudica o direito hereditário dos descendentes exclusivos, afronta à norma constitucional de igualdade entre os filhos (art. 227, parágrafo 6º, da CF). Aplicação, por analogia, do art.1790, II, do Código Civil. Possibilidade. Solução mais razoável, que preserva a igualdade de quinhões entre os filhos, atribuindo à companheira, além de sua meação, a metade do

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 150.

que couber a cada um deles. *Decisão reformada. Recurso provido*.³¹ (grifos nossos.)

c) deve haver salomônica divisão com cálculo proporcional do que caberia ao companheiro, considerando-se quota igualitária com relação aos filhos em comum e só a metade do que couber aos demais, situação esta que viria diferenciar os quinhões hereditários dos descendentes comuns e incomuns, ferindo a regra da igualdade inserida no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal e o artigo 1.834 do Código Civil.

A posição supracitada é o entendimento doutrinário da Professora Giselda M.F.N. Hironaka, senão vejamos:

*“(...) a) considerar todos os descendentes (exclusivos e comuns) como prole do cônjuge supérstite para reservar-lhe a quarta parte da herança. Ora, isso não seria justo (LINDB, art. 5º), por lesar os descendentes exclusivos do falecido, que nenhum liame de parentesco consanguíneo têm com o viúvo, que receberia ¼ do monte partível; e b) subdividir a herança em duas partes: uma proporcionalmente o número de descendentes exclusivos, entregando a eles e ao cônjuge concorrente quota igual e a outra, atendendo-se à quantidade de descendentes comuns na divisão do acervo hereditário, reservando uma ao cônjuge sobrevivente. Mas a soma das quotas recebidas, nessas duas situações, pelo viúvo deverá alcançar ¼ do total da herança. Difícil será tal cálculo matemático. Por isso, entendemos, combinando o art. 1.832 do CC com o art. 227, parágrafo 6º, da CF, e com os arts. 4º e 5º da LINDB, que a melhor solução seria afastar a reserva da quarta parte do viúvo, na concorrência à sucessão com descendentes comuns e exclusivos”.*³²

Assim, concluímos que a falta de previsão legal para a sucessão do companheiro na hipótese de existir filiação híbrida do autor da herança e sua convivente, acarretará soluções diferenciadas nos embates jurídicos em situações análogas, diante da falta de técnica legislativa no que concerne ao teor do artigo 1.790 do Código Civil.

4.2. Concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis

³¹ TJ/SP, AgI 0138700-78.2008.8.26.0000, rel. Des. Álvaro Passos, j. em 24-3-2010.

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 153-154.

O artigo 1.790 do Código Civil preleciona que o companheiro terá direito a um terço da herança se concorrer com outros parentes sucessíveis, fato este que abarca os ascendentes *ad infinitum* nos termos do artigo 1.591 do Código Civil, bem como, os colaterais de até quarto grau, com fulcro nos artigos 1.592 e 1.839 do Código Civil.

Na hipótese do companheiro concorrer com os ascendentes, a sua quota da herança é de um terço e é igual a cada um dos pais, se ambos forem sobreviventes.

Entretanto, na hipótese de um dos pais ter falecido, o outro ascendente vivo terá a vantagem de ficar com os dois terços da herança, sendo certo que, nessa hipótese, bem quando somente existirem ascendentes de maior grau, fica nítida a desvantagem do companheiro em relação ao cônjuge sobrevivente, pois ao cônjuge tocara a metade da herança, nos termos do artigo 1.837 do Código Civil, e ao companheiro um terço da herança em comento.

A diversidade **de critérios de atribuição da herança do companheiro fica ainda mais injusta** em relação ao cônjuge na hipótese de haver colaterais, uma vez que na sucessão do cônjuge este concorre apenas com descendentes e ascendentes (na falta de descendentes), enquanto o companheiro sobrevivente **concorre também com os colaterais do falecido**.

Para coibir a injustificável discrepância no tratamento dispensado ao companheiro, no concurso com parentes colaterais do autor da herança, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo houve por bem não aplicar o disposto no inconstitucional artigo 1.790, III, do Código Civil, do seguinte modo:

*“Inventário. Habilitação de colaterais. Indeferimento. Confirmação. Companheiro deve ter tratamento sucessório assemelhado ao cônjuge. Art. 1790, inciso III, do Código Civil. **Nova disciplina legal estabeleceu discriminação entre as famílias constituídas pelo afeto e pela convivência e as unidas pelo matrimônio. Afronta à constituição federal. Caracterização.** Doutrina e jurisprudência. Data do início da união estável. Irrelevância. Recurso não provido, cassada a liminar”.*³³ (grifos nossos.)

³³ TJ/SP, AgI 0303858.20.2010.8.26.0000, rel. Des. Sousa Lima, j. em 10-11-2010.

Acerca do rebaixamento no trato sucessório do companheiro, os renomados juristas Euclides de Oliveira e Giselda M.F.N. Hironaka, assim prelecionam:

*“(...) Para acentuar ainda mais o rebaixamento no trato sucessório do companheiro, sua concorrência na herança restringe-se aos bens havidos onerosamente durante a convivência, conforme regra do caput do art. 1.790. **Ou seja, ele nada receberá sobre os bens havidos pelo de cujus a título de liberalidade (doação ou herança) e sobre aqueles adquiridos antes de iniciada a convivência. Figure-se a hipótese de o autor da herança haver deixado apenas o imóvel onde residia com o companheiro, bem esse adquirido antes de iniciada a vida em comum. Nesta situação, e supondo-se a habilitação de um herdeiro colateral, que levará este a totalidade do bem, enquanto o companheiro ficará desprovido de qualquer participação na herança. Parece injustificável tamanha discrepância no tratamento dispensado ao companheiro, no concurso minoritário com os parentes colaterais. Melhor seria manter o sistema da legislação revogada para, em similitude ao disposto com relação ao cônjuge, reservar ao companheiro a totalidade dos bens da herança como efetivo terceiro na ordem de vocação hereditária.**”³⁴ (grifos nossos.)*

Assim, conclui-se que o legislador teria incorrido num verdadeiro retrocesso quanto ao critério protetivo da união estável, uma vez que no regime da Lei n. 8.971/1994 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes, e isso ocorre atualmente apenas com o cônjuge.

Encaixa-se perfeitamente à situação supracitada a boa assertiva do renomado jurista Francisco José Cahali, que assim preleciona: “a nova lei força caminho na contramão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial elaborada à luz da Constituição Federal de 1988” e que “houve um reprovável retrocesso, privando os partícipes da união estável de várias conquistas alcançadas com muito esforço na sociedade”.³⁵

Entretanto, a situação é ainda mais desonrosa com relação ao companheiro sobrevivente em concorrência com os colaterais do *de cujus*, pelo

³⁴ OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Questões controvertidas no direito da família e sucessões. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords). São Paulo: Editora Método, 2006. v. 3, p. 255.

³⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. F. N. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 6, p. 228.

critério adotado pelo Código Civil ano artigo em análise, pois o companheiro estará recebendo apenas um terço dos bens deixados pelo autor da herança, enquanto a maior parte do patrimônio ficará para parentes distantes do falecido, como, por exemplo, um ‘tio-avô’ do autor da herança.

A ocorrência da situação supracitada é perversa e inconcebível, em nossa opinião, e merece reparos por conta da inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil, uma vez que seria mais coerente afastar o colateral da herança, e deixar a totalidade desse patrimônio para o companheiro, como ocorre com o cônjuge em situação similar.

No entanto, infelizmente, fica a critério do julgador o bom senso para aplicar a lei nos moldes acima aduzidos, fato este que merece reparos pelo nosso legislador, para evitar possíveis injustiças nos moldes acima especificados.

4.3. Da concorrência do cônjuge com o convivente

Consta no artigo 1.830 do Código Civil, que: *“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 2 anos, salvo prova, neste caso, de que esta convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”*.

Suponha-se, por exemplo, que o autor da herança seja formalmente casado e constitua união estável antes do escoamento do prazo de 2 anos. Nesse caso, existe a possibilidade, a critério do julgador, de ocorrer um conflito sucessório entre o cônjuge sobrevivente e o convivente de união estável, em concomitância com os descendentes do autor da herança, como nos ensina a ilustre jurista Maria Helena Diniz, que assim preleciona acerca do tema supracitado:³⁶

“(...) não está descartada a hipótese de um separado de fato vir a constituir, antes do lapso temporal de dois anos, uma união

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 140-142.

estável e com o seu óbito dar origem a um conflito sucessório, possibilitando, se ameahou bem durante o estado convivencial, a concorrência entre cônjuge e convivente com descendentes do de cujus. Outrora a separação de fato ou mesmo a medida judicial preliminar à separação judicial, ou seja, a separação de corpos, não afasta o cônjuge da sucessão do outro se este morresse ab intestato e sem deixar herdeiro necessário. O artigo 1.830 **trará problemas ao reconhecer o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente separado de fato há menos de 2 anos, complicando, como diz Zeno Veloso, a situação, ainda mais, ‘se o de cujus – embora formalmente casado, mas separado de fato – constituiu união estável com outra pessoa,** sabendo-se que, nos termos do art. 1.790 do novo Código Civil, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável’, **pois surgiria a possibilidade de haver concorrência na herança tanto do cônjuge como do companheiro.** Para afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão do finado consorte, é imprescindível não só a prova de dois anos ou mais de separação de fato (RJ, 819:303), mas também a escritura pública da separação extrajudicial, devidamente averbada, a homologação judicial da separação judicial consensual e o trânsito em julgado da sentença, se litigiosa a separação. Se o óbito se der, por exemplo, na pendência de separação judicial, a qualidade de cônjuge supérstite reger-se-á pelos parâmetros legais relativos a separação de fato (se inferior a dois anos), pois, como já dissemos, o consorte apenas deixará de ter capacidade para suceder se houver sentença já transitada em julgado por ocasião da abertura da sucessão. Como a separação judicial não produz efeitos irreversíveis, a reconciliação dos consortes, desde que não seja de fato, restabelece a sociedade conjugal e o direito sucessório entre eles”. (grifos nossos.)

Em sentido contrário, o Ministro relator João Otávio de Noronha assim decidiu³⁷:

“DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. 1. O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havido pelo outro por herança transmitida após a decisão de separação de corpos. 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. 3. Recurso especial não conhecido”. (grifos nossos.)

³⁷ STJ, REsp 1.065.209/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 8-6-2010.

Em sentido contrário à comprovação da culpa mortuária pelo cônjuge separado de fato, estão os juristas Paulo Lobo e Rolf Madaleno.

Desse modo, o insigne jurista Paulo Lobo, nos ensina:

*“(...) A imputação de culpa do falecido pela separação de fato viola um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é o da garantia de contraditório e da ampla defesa a qualquer acusado ou litigante (art. 5º, LV, da Constituição); o falecido não pode exercê-los nem contraditar a acusação de culpa. Essa incongruente exigência normativa foi apontada de culpa mortuária por Rolf Madaleno, que estende nos tempos os efeitos do regime de bens, contrariando o princípio do art. 1.511 do Código Civil, que estabelece que o casamento dependa da comunhão plena de vida. Em circunstâncias que tais, apenas o ex-cônjuge sobrevivente tem voz e direito de lançar as provas que entender, inclusive atribuir ao morto a culpa exclusiva quando tiver ocorrido culpa concorrente, que impede a imputação individual de culpa. Resulta a norma em sanção ao ex-cônjuge falecido em favor do sobrevivente. O direito das sucessões não é meio de punição, mas de transmissão de bens. (...)”*³⁸

Na situação supracitada, o jurista José Fernando Simão entende que deve-se dividir a massa patrimonial em dois montes, do seguinte modo:

a) O primeiro monte deve ser composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento, sobre os quais apenas o cônjuge tem direitos sucessórios, não sendo herdados pelo novo companheiro;

b) A segunda massa de bens é composta pelos bens adquiridos durante a união estável. Relativamente a tais bens, necessária se faz uma segunda divisão para atender ao *caput* do artigo 1.790 do Código Civil. Seguindo a última norma, se os bens forem adquiridos a título oneroso quando da união estável, a sucessão se defere apenas ao companheiro sobrevivente.³⁹

Também ficará a decisão a critério do julgador na hipótese de falecer uma pessoa formalmente casada (separada de fato em período inferior a 2 anos) e que havia constituído uma união estável, originando um conflito

³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5, p. 124.

³⁹ TARTUCE, Flávio. Separados pelo casamento. Um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_separados.doc. Acesso em: 20 mar. 2014.

sucessório entre o cônjuge e convivente em concorrência com os descendentes do autor da herança.

4.4. Da totalidade da herança ao companheiro

O artigo 1.790, inciso IV, do Código Civil aduz que o companheiro sobrevivente só terá direito à totalidade da herança adquirida onerosamente durante a convivência de união estável, se não houver outros herdeiros sucessíveis (ascendentes, descendentes, e colaterais até o quarto grau).

Em outras palavras, o dispositivo em comento aborda outra injustiça advinda da interpretação literal do texto legal. Isso quer dizer que, na hipótese de os bens da herança serem particulares do *de cujus*, nada será atribuído ao companheiro sobrevivente. E ainda, considerando a falta dos supracitados parentes, os bens particulares do falecido serão arrecadados como herança jacente, a converter-se em herança vacante, com adjudicação ao ente público beneficiário.

Visando corrigir tamanha injustiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

*“Herança. Arrolamento de bens. Companheira. Ausência de descendentes e ascendentes. **Colaterais. Exclusão da sucessão.** Não incidência do art. 1.790, III, do Código Civil. Afronta ao art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Tratamento sucessório do companheiro sobrevivente assemelhado àquele do cônjuge. Inteligência dos arts. 1.829, III, e 1.838 do novo Código Civil. **Reconhecimento do direito da companheira à totalidade da herança. Recurso provido**”.*⁴⁰ (grifos nossos.)

Os juristas Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka abordam o tema do seguinte modo⁴¹:

“(...) Em desatenção ao direito sucessório do companheiro foi bem analisada por Silvio Rodrigues, que lhe endereçou severa crítica porque, ‘ao regular o direito sucessório entre companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava,

⁴⁰ TJ/SP, AgI 6.524.254.400, rel. Des. Vicentini Barroso, j. em 30-6-2009.

⁴¹ OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Questões controvertidas no direito da família e sucessões. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords). São Paulo: Editora Método, 2006. v. 3, p. 256.

especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou viúvo, o Código Civil coloca os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo status sucessório dos cônjuges. Mas a norma em comento, sobre o recebimento da totalidade da herança pelo companheiro, pode ter uma exegese a seu favor, desde que se olvide a referência do caput do art. 1.790 quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, e se despreze a sua vinculação ao inciso IV. Comentando esses dispositivos, assinalam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery que **‘não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não ter deixado parentes sucessíveis’, por isso concluindo que a herança deve ser atribuída na sua totalidade ao companheiro sobrevivente, antes que ao ente público destinatário da herança jacente.** A argumentação faz sentido diante do texto do art. 1844 do CC, que manda atribuir a herança ao Município somente quando não houver cônjuge sobrevivente, ou companheiro, nem parente algum sucessível. **A inclusão do companheiro nesse rol de herdeiros com prioridade no recebimento da herança torna claro o seu direito sucessório, uma vez que afastada a qualificação da herança como vacante.** Controvérsia à parte, e observada a justeza do critério interpretativo em favor do direito sucessório do companheiro, não há como negar a absoluta imprecisão do legislador sob exame. Bastaria que, a favorecer o companheiro, deslocasse a disposição do inciso IV do art. 1.790 para um parágrafo distinto, fazendo ressalva às condições do caput, para deixar claro que seria efetivamente toda a herança a caber ao companheiro sobrevivente na falta de parentes sucessíveis”. (grifos nossos.)

Entretanto, eis o posicionamento do insigne jurista Zeno Veloso acerca do tema em espécie:

“A totalidade da herança, mencionada no inciso IV do artigo 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer. Mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do caput do artigo 1.790, o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Se o de cujus possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência, ou depois, se a título gratuito, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados no Território Federal (art. 1844)”.⁴²

⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 173-174.

Assim, conclui-se que o companheiro deveria ter sido incluído no Código Civil como herdeiro necessário nas mesmas condições do cônjuge, e essa falta de clareza sobre o assunto acarreta polêmica, uma vez que a nossa Constituição Federal não permite ao legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada o cônjuge e o companheiro em matéria sucessória, uma vez que a Carta Magna reconhece tanto o casamento como a união estável como entidade familiar, inclusive sem hierarquia, não havendo lógica nem coerência para esta diferenciação no sistema jurídico.

Complementamos a nossa conclusão com a sábia argumentação advinda da renomada jurista Maria Helena Diniz:

*“(...) Se o Município, o Distrito Federal ou a União só é sucessor irregular de pessoa que falece sem deixar herdeiro, **como se poderia admitir que receba parte do acervo hereditário concorrendo com herdeiro sui generis (sucessor regular), que, no artigo sub examine, seria o companheiro?** Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro ou sucessor regular é que o Poder Público entra como sucessor irregular. Se houver herdeiro ou sucessor regular, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do de cujus, na qualidade de sucessor irregular. **Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atina os adquiridos onerosamente e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto, todos os bens do de cujus, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1.844, 1ª parte, do Código Civil, que é uma norma especial (relativa à herança vacante), sobrepondo-se ao artigo 1.790, IV (norma geral da sucessão dos companheiros). Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o de cujus, do direito à totalidade da herança dando a prevalência à entidade pública. Se assim não fosse, instaurar-se-ia no sistema jurídico uma lacuna axiológica. Aplicando-se o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, procura-se solução mais justa, amparando o companheiro sobrevivente**”.* (grifos nossos.)

4. 5. Da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

Ressalta-se a fundamental importância na análise do artigo 1.790 do Código Civil, uma vez que a nossa Constituição Federal não permite ao legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada o cônjuge do companheiro em matéria sucessória, já que houve por bem assegurar tratamento isonômico para todas as entidades familiares, incluindo a união estável.

É de conhecimento público que as famílias assentadas na união estável ou advindas de matrimônio são idênticas nos vínculos de afeto, solidariedade e respeito, diferenciando-se apenas quanto ao modo de formação. Embora a Constituição dê preferência ao casamento, tendo em vista que o modo como é formado confere maior segurança jurídica aos nubentes em termos de prova do enlace, do regime de bens e da data de constituição, isso não significa que possa a lei aviltar a família constituída pela união estável, para forçar os companheiros a se casarem.

No que tange ao vínculo familiar, o afeto, a solidariedade e o respeito devem ser o norte do legislador infraconstitucional ao disciplinar a ordem de vocação hereditária, uma vez que é incoerente existir qualquer espécie de distinção entre as famílias constituídas pelo casamento e as formadas pela união estável.

Considerando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que fere o sistema da sucessão legítima, necessário se faz aplicar ao companheiro o mesmo regime jurídico utilizado ao cônjuge sobrevivente quando estiverem em situação análoga, e fazendo a equiparação imposta pela Constituição Federal, resultará tanto vantagens quanto desvantagens aos conviventes.

Entretanto, tendo em vista que o preceito em comento contradiz tudo que o Código Civil de 2002 projetou para a sucessão do cônjuge, necessário se faz considerar o conhecimento jurídicos advindos do insigne jurista Mauro Antonini ⁴³:

a) quanto à possibilidade de concorrência do cônjuge com os descendentes, tudo vai depender do regime de bens adotado no casamento

⁴³ ANTONINI, Mauro. *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Manole, 2012. p. 2143-2144.

nos termos inseridos no artigo 1.829, I, do CPC, uma vez que o companheiro, ao concorrer com os descendentes, também passa a ter direitos sucessórios em conformidade com o regime de bens da união estável e sofre as mesmas limitações do cônjuge, ou seja, não herdar bens comuns porque já está protegido com a meação;

b) no que tange à possibilidade de concorrência do cônjuge com os descendentes, o companheiro também passa a se sujeitar às mesmas limitações do cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória de bens, na hipótese da constituição da união estável ter ocorrido em situação tal que, se houvesse casamento, o regime de separação de bens seria obrigatório (artigo 1.829 do Código Civil);

c) a quota do companheiro em concorrência com os descendentes, será dividida de modo uniforme com os descendentes, não podendo ser inferior à quarta parte da herança, se for o ascendente dos herdeiros com que concorrer a herança (artigo 1.832 do Código Civil);

d) quando concorrer o companheiro com os ascendentes em primeiro grau, este receberá 1/3 da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (artigo 1.837 do Código Civil). Não havendo ascendentes, fica com a integralidade da herança (artigo 1.829, III, do Código Civil), e possui o direito real de habitação, nos termos do artigo 1.831 do Código Civil.

É notório que o artigo 1.790 do Código Civil fere a lógica do sistema jurídico se:

a) compararmos a situação do convivente à do cônjuge, pois a geral é a de que o cônjuge sobrevivente não tem direito hereditário concorrente em relação aos bens comuns, porque já está protegido com a meação, e só herdará com os descendentes os bens particulares;

b) considerarmos que o companheiro só herda os aquestos comuns, a respeito dos quais já possui meação.

Essa regra padece de dupla incongruência, pois, se aplicada literalmente a letra da lei em relação aos bens comuns, o companheiro receberá um tratamento legal mais favorecido do que o cônjuge sobrevivente, uma vez que

terá direito à meação e à herança sobre o mesmo patrimônio. Por outro lado, se o convivente não adquirir aquestos advindos do período da convivência da união estável, ficará à mingua, já que não receberá meação nem herança, posição esta que será desfavorável em relação ao cônjuge, que receberá herança destes bens, fato este que faz com que o artigo em comento crie uma situação insustentável, que agride todo o sistema jurídico.

Desse modo, não deve ser aplicado o regime do artigo 1.790 do Código Civil, pois ora deixa o companheiro em completo desamparo, ora deixa o companheiro em posição extremamente vantajosa, mais do que se fosse casado, inclusive em detrimento dos descendentes, fato este que viola o princípio de que quanto mais garantido estiver o cônjuge pelo regime de bens do casamento, menor será a sua participação na herança.

Acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o Superior Tribunal de Justiça⁴⁴, assim se manifestou:

“INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1790, III E IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada”.

Desse modo, conclui-se não se justificar essas diferenças entre cônjuge e companheiro em matéria sucessória, uma vez que inexiste lógica para tanto, sendo necessário impor a concessão de tratamento paritário às duas situações, inclusive em virtude do princípio da igualdade substancial, cuja aplicação garante a atuação do princípio fundador da dignidade da pessoa humana.

Alguns juristas, como Paulo Lôbo e Edson Fachin, entendem que o artigo 1.790 do Código Civil é inteiro inconstitucional, e nesse caso devem valer as mesmas regras aplicadas ao cônjuge em situação análoga à do companheiro.⁴⁵

⁴⁴ STJ, AgI no Resp 1.135.354/PB, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 24-5-2011.

⁴⁵ LÔBO, Paulo. Direito civil: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5. p. 150-152.

Outros autores defendem a inconstitucionalidade parcial do artigo 1.790 do Código Civil, ou seja, entendem que são inconstitucionais apenas os incisos III e IV.

O jurista Zeno Veloso, em recente obra intitulada *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*, muda sua posição anterior para reconhecer que o inciso IV do artigo 1.790 abriu uma exceção ao *caput* para abranger todos os bens do falecido, sejam ou não obtidos onerosamente durante a convivência.

Entretanto, o artigo 1.790, inciso IV, não pode ser analisado de forma isolada, uma vez que o artigo 1.844 do Código Civil assim dispõe:

“Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, ou parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

4.6. Subteoria da inconstitucionalidade total ou parcial de alguns incisos do artigo 1.790 do Código Civil

Acerca do tema em espécie, o renomado jurista Flávio Tartuce nos ensina⁴⁶ o quanto segue:

“Questão de maior relevo refere-se à suposta inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, o que é suscitado por alguns dos nossos maiores sucessionistas. De início, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é uma das juristas que sustenta ser o dispositivo inconstitucional, por desprezar a equalização do companheiro ao cônjuge constante do art. 226, § 3º, da CF/1988. Do mesmo modo, Zeno Veloso lamenta a redação do comando, lecionando que “As famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira classe, de segunda ou terceira. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguala as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado, o quanto antes. O Código ficaria melhor – e muito melhor – sem essa excrescência”.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1790 do CC e suas controvérsias principais. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17751/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controversias-principais>. Acesso em: 20 mar. 2014.

A tese da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil encontra amparo em inúmeros julgados dos Tribunais, mas com uma grande variação de entendimentos, conforme se pode extrair do resumo a seguir:

- **Existem julgados que reconhecem a inconstitucionalidade somente do inc. III do artigo 1.790**, ao prever que o companheiro recebe 1/3 da herança na concorrência com ascendentes e colaterais até quarto grau. **Repise-se que este autor é favorável à tese de inconstitucionalidade somente desse inciso, por ser mesmo desproporcional, desprestigiando a união estável.** Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CC/2002. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/2002, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade arguido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria”. (TJ/RS, Agl 70017169335, Porto Alegre, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 8-3-2007, DJERS 27-11-2009.) Concluindo do mesmo modo: TJ/SP, Agl 654.999.4/7, Acórdão n. 4034200, São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, j. em 27-8-2009, DJESP 23-9-2009 e TJ/SP, Agl 609.024.4/4, Acórdão n. 3618121, São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. em 6-5-2009, DJESP 17-6-2009.

- Há ementas que sustentam a inconstitucionalidade de todo o artigo 1.790 do Código Civil, por trazer menos direitos sucessórios ao companheiro, se confrontado com os direitos sucessórios do cônjuge (artigo 1.829). Assim:

“DIREITO SUCESSÓRIO. Bens adquiridos onerosamente durante a união estável Concorrência da companheira com filhos comuns e exclusivo do autor da herança. Omissão legislativa nessa hipótese. Irrelevância. Impossibilidade de se conferir à companheira mais do que teria se casada fosse. Proteção constitucional a amparar ambas as entidades familiares. Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil. Reconhecido direito de meação da companheira, afastado o direito de concorrência com os descendentes. Aplicação da regra do

art. 1.829, inciso I do Código Civil. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO”. (TJ/SP, Ap. 994.08.061243-8, Acórdão n. 4421651, Piracicaba, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, j. em 7-4-2010, DJESP 22-4-2010.)

- Ainda podem ser encontradas decisões que suspendem o processo até que o Órgão Especial do Tribunal reconheça ou não a constitucionalidade da norma:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACATADA PELO MAGISTRADO DE 1º GRAU. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO QUE VISA O RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA LEGAL. COMPETÊNCIA PARA JULGÁ-LA DO ÓRGÃO ESPECIAL. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE AGRAVO. REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL. 1. Nos tribunais em que há órgão especial, a declaração de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do poder público, tanto a hipótese de controle concentrado como na de incidental, por força da norma contida no art. 97 da Constituição Federal, somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros que o compõem. 2. Se os integrantes do órgão fracionário - Câmara Cível - Se inclinam em manter a arguição de inconstitucionalidade formulada pelos recorridos em 1º grau, o julgamento do recurso de agravo de instrumento deve ser suspenso, com a remessa dos autos ao órgão especial para que o incidente de inconstitucionalidade seja julgado, ficando a câmara, quando os autos lhe forem restituídos para que o julgamento do recurso tenha prosseguimento, vinculada, quanto à questão constitucional, à decisão do órgão especial”. (TJ/PR, Agl 0536589-9, Curitiba, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Costa Barros, DJPR 29-6-2009, pág. 223.) Na mesma linha, remetendo os autos para o Órgão Especial: TJ/SP, Ap. com revisão n. 587.852.4/4, Acórdão n. 4131706, Jundiaí, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. em 25-8-2009, DJESP 25-11-2009.

- Curiosamente, consigne-se decisão do Tribunal Paulista que sustenta a inconstitucionalidade do artigo 1.790 por trazer mais direitos à companheira do que ao cônjuge. Ao final, a decisão determina a remessa dos autos ao Órgão Especial:

“INVENTÁRIO. PARTILHA. MEAÇÃO DA COMPANHEIRA. DECISÃO QUE APLICA O ARTIGO 1.790, II, DO CÓDIGO CIVIL. Determinação de concorrência entre a companheira e os filhos do de cujus quanto aos bens adquiridos na constância da união, afora a meação. Inconformismo. Alegação de ofensa ao artigo 226, § 3º, da CF. Concessão de direitos mais amplos à companheira que a esposa. Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade. Questão submetida ao Órgão Especial. Incidência do art. 481, do CPC, e 97,

da CF. Aplicação da Súmula Vinculante n.º 10, do STF. Recurso conhecido, sendo determinada a remessa dos autos ao Órgão Especial, nos termos do art. 657, do Regimento Interno desta Corte". (TJ/SP, AgI 598.268.4/4, Acórdão n. 3446085, Barueri, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Grava Brasil, j. em 20-1-2009, DJESP 10-3-2009). (grifos nossos.)

Desse modo, conclui-se que há enorme insegurança jurídica para solucionar a questão supracitada, uma vez que há variados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito dela, não uniformizados, o que acarreta grande confusão no mundo jurídico, fato este que precisa ser solucionado para o benefício de nossa sociedade.

5. CONCLUSÃO

Com a edição da súmula 380, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que na hipótese de partilha o patrimônio amealhado durante a convivência seria considerado comum; logo depois, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi devidamente reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e mulher, cabendo ao Estado a sua proteção.

Entretanto, com a promulgação da Carta Magna, foram criadas as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 com o objetivo de regular os direitos inerentes à união estável. O panorama em relação à conquista dos direitos dos companheiros, após o surgimento das leis infraconstitucionais, em outras palavras, era quase proporcional em relação aos direitos dos cônjuges.

Com o surgimento do defasado Código Civil, em 2002, por conta do seu longo trâmite legislativo no Congresso Nacional, houve um evidente retrocesso em relação aos direitos do companheiro, especialmente quanto ao direito sucessório dos companheiros, mais especificamente no inconstitucional artigo 1.790 do Código Civil, que deixou o companheiro sobrevivente fora da ordem de vocação hereditária, ao contrário do que ocorria na Lei n. 8.272/94 que inseriu o companheiro sobrevivente em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária especial.

Destaca-se que a análise do regime matrimonial de bens faz-se imprescindível no regime sucessório. **Considerando-se a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil**, deve-se equiparar, por analogia, o trato sucessório do companheiro que, em regra, só herda os bens em relação aos quais não possui meação, ao do cônjuge.

Em sentido oposto, considerando-se a **constitucionalidade das regras inseridas no artigo 1.790 do Código Civil**, o companheiro possui direito à herança de uma forma distinta da do cônjuge, uma vez que somente participará da sucessão quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, e em condições diferenciadas das do cônjuge.

Por um lado, é desvantajosa a posição do companheiro em relação à do cônjuge, uma vez que o Código Civil reserva somente ao cônjuge a qualificação de herdeiro necessário, concomitantemente aos descendentes ou ascendentes, nos termos do artigo 1.845 do Código Civil, enquanto a participação do companheiro na herança ocorre apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, o que representa uma vedação em relação aos demais bens, ainda que faltem herdeiros sucessíveis.

Por outro lado, significa um injustificável excesso, pois nada recomenda que o companheiro, na hipótese de remanescer apenas bens comuns do casal, aquinhoar parcela superior àquela que caberia ao cônjuge, quando já goza da meação sobre os bens havidos dessa união, circunstância que faz com que a doutrina acuse que, por vezes, a união estável confere mais direitos ao convivente do que o casamento aos cônjuges, pois, em hipótese semelhante, o cônjuge teria apenas resguardado o seu direito à meação, sem nenhuma participação na herança, com exceção ao direito real de habitação.

Fica evidente a falta de técnica legislativa na redação do artigo 1.790, I e II, do Código Civil, ao tratar da concorrência do companheiro com os filhos e não com os descendentes do autor da herança, atribuindo cotas diferenciadas aos filhos comuns e incomuns, sem prever a hipótese de filiação híbrida, situação que dependerá de critério a ser aplicado pelo julgador, ante a ausência de norma específica para esse caso.

A diversidade de critérios de atribuição da herança ao companheiro quando concorre com o colateral enseja mais injustiça, se comparado ao cônjuge, uma vez que este concorre apenas com descendentes e ascendentes (na falta de descendentes), enquanto aquele concorre também com os colaterais do falecido.

Outro retrocesso em relação aos direitos dos companheiros vem a ser a omissão do legislador em relação ao direito real de habitação, que não contemplou o companheiro sobrevivente no imóvel destinado à residência familiar, o que é totalmente incoerente e ilógico em decorrência do preceito constitucional que dispõe sobre o dever do Estado de proteger a família, deixando a solução de tal problema a critério do julgador.

Por seu turno, o novo Código Civil não revogou o artigo da Lei n. 9.278 que trata desse tema, e, assim, podemos considerar que ele permanece vigente e **concedendo o direito de habitação ao companheiro sobrevivente**.

Desse modo, levando-se em consideração a questão supracitada, no sentido de que devem ser aplicadas, por analogia, as regras referentes ao casamento para evitar injustiças contra conviventes, o companheiro sobrevivente faz jus, diferentemente do cônjuge, ao direito de moradia, apenas enquanto não contrair casamento ou união estável.

Já em relação à Lei n. 8.971/94 (que regula o direito do companheiro aos alimentos e à sucessão), não mais se aplicam os direitos inerentes ao usufruto e à herança, visto que o legislador ao redigir o atual Código Civil tratou da sucessão do companheiro.

No âmbito da família, partindo do princípio da igualdade, não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída pelo casamento, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se dar a mesma proteção legal. A própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não conferiu tratamento desigual ou perverso aos cônjuges e companheiros, o que nos leva a crer que, para que não ocorra discriminação no trato sucessório, necessário

se faz utilizar os diversos princípios constitucionais e, analogicamente, a mesma legislação aplicada ao cônjuge para os companheiros.

Constata-se a possibilidade de o convivente ser excluído da sucessão, uma vez que não lhe foi outorgada pelo artigo 1.845 do Código Civil a qualidade de herdeiro necessário, considerando a legislação em comento apenas o ascendente, o descendente e o cônjuge herdeiros necessários. Dessa feita, essa questão controversa surge em virtude da situação deixada pelo legislador, dividindo a doutrina e a jurisprudência pátrias, ensejando decisões conflitantes em situações similares.

Conclui-se ser uma enorme evolução para a sociedade civil a determinação de tratamento igualitário para as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, uma vez que o homossexual não é um cidadão de segunda categoria, bem como a sua orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir essa família da proteção jurídica, muito menos diminuir os seus direitos e a sua dignidade, fato esse que impõe a exclusão de qualquer forma de interpretação do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Desse modo, não deve ser aplicado o regime do artigo 1.790 do Código Civil, pois a regra nele contida padece de dupla incongruência: ora deixa o companheiro em completo desamparo, ora em posição extremamente vantajosa, mais do que se fosse casado, inclusive podendo acarretar detrimento aos descendentes, fato este que viola o princípio segundo o qual quanto mais garantido estiver o cônjuge pelo regime de bens do casamento, menor será a sua participação na herança, fato este que faz com que o artigo em comento crie uma situação insustentável, agredindo todo o sistema jurídico, merecendo, portanto, ser afastada a sua aplicação do mundo jurídico.

Constata-se que no ordenamento jurídico pátrio, em que há hierarquia entre as normas, lei inferior deve respeitar lei superior, estando a Constituição Federal no topo do ordenamento jurídico, servindo como base para todas as demais normas jurídicas.

Nesse contexto, fica evidente a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, tendo em vista que a Lei Maior traçou expressamente os princípios aos quais todos os demais atos normativos devem se submeter, cabendo a aplicação de tais princípios de forma imperativa e imediata, em face da indiscutível supremacia do texto constitucional. A Carta Magna de 1988 adota o princípio da igualdade de direitos em relação às entidades familiares, sem hierarquia entre elas, havendo liberdade de escolha pelas pessoas que a constituem e integram. No tocante às relações familiares, o princípio da dignidade da pessoa humana está atrelado ao pensamento de que todas as entidades familiares devem receber igual tratamento digno, não podendo haver a discriminação de um tipo de constituição de família em face de outro, pois de outra forma não teríamos uma sociedade justa e evoluída.

Desse modo, conclui-se que a união estável foi equiparada à entidade familiar, devendo receber o mesmo tratamento conferido ao casamento, em todos os seus aspectos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONINI, Mauro. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Manole, 2012.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Curso avançado de direito civil: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 6, p. 228.

CAHALI, José Francisco; VELOSO, Zeno. *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1998.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras jurídicas, 2004.

DIAS, Maria Berenice. A União Estável. Disponível em: <http://www.mbdias.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. v. 5.

MACIEL, Álvaro dos Santos. Do princípio do não retrocesso social. Disponível em: <http://www.portalboletim.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2014.

OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Questões controvertidas no direito da família e sucessões. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords). São Paulo: Editora Método, 2006. v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil: direito das sucessões*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 6.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1790 do CC e suas controvérsias principais. Disponível em:

<http://jus.com.br/artigos/17751/da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1-790-do-cc-e-suas-controversias-principais>. Acesso em: 20 mar. 2014.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. *Direito de família e o novo Código Civil*. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BRASIL, STF. Notícia extraída do site do STF sobre o reconhecimento da união homoafetiva em 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL, STJ, notícia extraída do site do STJ sobre a Resolução do CNJ que consolida o entendimento do Superior Tribunal quanto ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, de 15 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL, STJ, REsp 821.660-DF, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 14-6-2011.
BRASIL, STJ, AgI no Resp 1.135.354/PB, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 24-5-2011.

BRASIL, STJ, REsp 930.460-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 19-5-2011.

BRASIL, STJ, REsp 1.065.209/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 8-6-2010.

BRASIL, STJ, REsp 1117563-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 17-12-2009.

BRASIL, TJ/SP, AgI 0161613-15, rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 25-10-2012.

BRASIL, TJ/SP, AgI 0303858.20.2010.8.26.0000, rel. Des. Sousa Lima, j. em 10-11-2010.

BRASIL, TJ/SP, AgI 0138700-78.2008.8.26.0000, rel. Des. Álvaro Passos, j. em 24-3-2010.

BRASIL, TJ/SP, AgI 6.524.254.400, rel. Des. Vicentini Barroso, j. em 30-6-2009.

BRASIL, TJ/SP, AgI 336.392-4/8, rel. Des. Ruyter Oliva, j. em 29-6-2004.

BRASIL, TJ/RS, AgI 70.018.904.763, rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. em 23-5-2007.

BRASIL, TJ/RS, AgI 7000.95.24612, rel. Des. Rui Portanova, j. em 18-11-2004.