

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**BÁRBARA LEAL DE MELO BRASILEIRO GALVÃO**

**SUCCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:**  
**Aspectos controvertidos e (in)constitucionalidade**

**JOÃO PESSOA**

**2014**

**BÁRBARA LEAL DE MELO BRASILEIRO GALVÃO**

**SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:**

**Aspectos controvertidos e (in)constitucionalidade**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha

**JOÃO PESSOA**

**2014**

Galvão, Bárbara Leal de Melo Brasileiro.

G182s Sucessão do companheiro no código civil de 2002: aspectos controvertidos e (in)constitucionalidade / Bárbara Leal de Melo Brasileiro Galvão. – João Pessoa, 2014.

100f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha.

1. Direito de Sucessão. 2. Sucessão do Companheiro. 3. Sucessão do Cônjuge. 4. Inconstitucionalidade e Sucessão. I. Cunha, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. II. Título.

BSCCJ/UFPB

CDU – 347.65

**BÁRBARA LEAL DE MELO BRASILEIRO GALVÃO**

**SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:**

**Aspectos controvertidos e (in)constitucionalidade**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

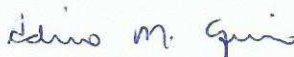
Orientador: Prof. Dr. Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: 07/03/2014.



Prof. Dr. Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha (Orientador)



Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho (Examinador)



Prof. Me. Alfredo Rangel Ribeiro (Examinador)

A Eduardo Leal, avô, pai e exemplo de vida, por sua força, luta, e  
superação, mas também pelo amor, simplicidade e doçura que  
emana, fazendo mais leve e feliz a vida de todos que o circundam.

## **AGRADECIMENTOS**

Antes de tudo, a Deus que torna tudo possível e sem o qual somos nada. À família maravilhosa na qual tive a honra de nascer, especialmente aos meus pais, por terem me dado o dom da vida, as oportunidades para que eu chegasse até aqui e principalmente por terem moldado meu caráter com seu amor, palavras e exemplos. A Danilo, marido e amor da vida inteira, pela presença, força e equilíbrio constantes que iluminam minha existência e, acima de tudo, pelo seu amor incondicional que me ajuda a superar quaisquer dificuldades. Aos amigos de sempre e aos conquistados ao longo do curso, que com seu apoio e companheirismo tornam a caminhada mais leve. Aos mestres que com compromisso e desapego dividiram seus conhecimentos comigo, preparando a profissional que serei, em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, pela tranquilidade e generosidade a mim direcionadas, bem como pelas intervenções precisas sempre que necessário.

“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça em todo lugar.”

(Martin Luther King)

## RESUMO

A atual codificação civil estabeleceu regras distintas quanto às sucessões do cônjuge e do companheiro. Todo o regramento para este foi inserido em um único dispositivo, o art. 1.790, que trata a matéria de forma inadequada, posto que preconceituosa e limitada em relação aos direitos sucessórios conferidos ao cônjuge. A família moderna é fundada no afeto e aceita configurações plurais, ficando afastado o antiquado modelo segundo o qual a única família legítima seria a constituída pelo casamento, concepção essa abraçada pela Constituição Federal, que equiparou a união estável ao casamento. Somando-se a essa equiparação expressa, a base principiológica constitucional impõe o respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à solidariedade familiar, razão pela qual o tratamento sucessório do companheiro é inconstitucional, por ser inferior ao do cônjuge. Atualmente tramitam projetos de lei na Câmara dos Deputados que buscam sanar o problema, mas enquanto isso incumbe ao Judiciário conferir tratamento equânime aos companheiros na seara sucessória, em atenção aos ditames da Constituição e da justiça.

**Palavras-chave:** Sucessão. Cônjuge. Companheiro. Inconstitucionalidade.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	9
<b>2 A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR</b>	12
2.1 APROXIMAÇÕES ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL	12
2.2 UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO	16
2.3 CONCEITO DE FAMÍLIA, EVOLUÇÃO SOCIAL E UNIÃO ESTÁVEL	19
<b>3 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO</b>	23
3.1 BREVE HISTÓRICO	24
3.2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE	25
3.2.1 Sucessão do cônjuge em concorrência com descendentes	26
3.2.2 Sucessão do cônjuge em concorrência com ascendentes	28
3.2.3 Sucessão do cônjuge isoladamente	29
3.2.4 Direito real de habitação do cônjuge	29
3.3 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO	31
3.3.1 Sucessão do companheiro em concorrência com descendentes	32
3.3.2 Sucessão do companheiro em concorrência com “outros parentes”	32
3.3.3 Direito real de habitação do companheiro	33
<b>4 ASPECTOS CONTROVERTIDOS</b>	35
4.1 OS BENS PASSÍVEIS DE SUCESSÃO	35
4.2 CONCORRÊNCIA ENTRE COMPANHEIRO E DESCENDENTES	40
4.3 CONCORRÊNCIA ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE SEPARADO DE FATO	42
4.4 APLICABILIDADE DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO AO COMPANHEIRO	44
4.5 DESTINAÇÃO DOS BENS NÃO ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL	47
4.6 COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO	49
<b>5 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGRAMENTO SUCESSÓRIO DISPENSADO AO COMPANHEIRO</b>	51
5.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO TEMA	51
5.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	52
5.1.2 Princípio da isonomia	53
5.1.3 Princípio da afetividade	54
5.1.4 Princípio da solidariedade familiar	55
5.1.5 Princípio do pluralismo familiar	56

5.1.6 Princípio da função social da família	56
5.2 UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR: EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO E INCONSTITUCIONALIDADE DO REGRAMENTO SUCESSÓRIO DESIGUAL	57
5.3 A BUSCA PELO SANEAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE: PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL	60
5.3.1 PL nº 508/2007	60
5.3.2 PL nº 674/2007	61
5.3.3 PL nº 699/2011	62
5.3.4 PL nº 4.908/2012	63
<b>6 CONCLUSÃO</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>68</b>
ANEXO I – Tabela comparativa entre os diferentes posicionamentos doutrinários acerca da sucessão no casamento e na união estável	74
ANEXO II – Proposta de Gabriele Tusa para cálculo do quinhão hereditário do companheiro em caso de existência de filiação híbrida	75
ANEXO III – Projeto de Lei nº 508/2007	79
ANEXO IV – Projeto de Lei nº 674/2007	84
ANEXO V – Projeto de Lei nº 699/2011	89
ANEXO VI – Projeto de Lei nº 4.908/2012	94

## 1 INTRODUÇÃO

O direito sucessório tem indiscutível relevância para as relações familiares e sociais, tendo em vista que é ele quem dita o modo pelo qual se opera a transferência de bens, direitos e deveres *causa mortis*.

Os companheiros<sup>1</sup>, assim reconhecidos aqueles que vivem uma relação de união estável, ou seja, unem-se não pelos laços formais do matrimônio mas sim de forma fática, só tiveram reconhecido seu direito à herança recentemente e, ainda assim, de forma mais limitada que a do cônjuge. Essa distinção de tratamento suscitou polêmica entre os doutrinadores e na jurisprudência, discutindo-se frequentemente acerca da sua constitucionalidade, uma vez que a Constituição da República reconheceu o caráter de entidade familiar à união estável.

A atual codificação civil, apesar de recente, tratou o direito sucessório do companheiro de forma inexplicavelmente díspar em relação à sucessão do cônjuge, gerando acaloradas discussões entre os profissionais do Direito, bem como inúmeros debates acerca da justiça e até mesmo da constitucionalidade do atual regramento dado à matéria.

Diante de tais celeumas, questiona-se se o tratamento dado pelo atual Código Civil à sucessão do companheiro afronta os ditames da justiça e as disposições e princípios albergados pela Constituição da República, bem como qual seria o tratamento mais adequado para o assunto.

O tema abordado no presente trabalho chama atenção e gera curiosidade mesmo para aqueles que não atuam no universo jurídico, tendo em vista que a maioria das pessoas em algum momento da vida se depara com o fato da sucessão *causa mortis*.

O mesmo se pode dizer quanto aos efeitos da união estável, pois cada vez mais famílias são construídas através desse tipo de relação, uma vez que a mesma tem início a partir de uma situação de fato à qual são reconhecidos efeitos jurídicos, ao contrário do casamento, que inicia-se a partir de um ato jurídico.

Como não poderia deixar de ser, a sucessão do companheiro, ao unir duas temáticas de relevo e que permeiam intimamente a vida das pessoas, quer seja nossa própria, quer seja a de pessoas que conhecemos, suscita grande interesse, principalmente porque é um tema que, por ter um regramento relativamente recente, encontra-se ainda em construção, sendo objeto de debates quanto a muitos dos seus aspectos.

---

<sup>1</sup> Cumpre esclarecer que ao longo do trabalho será utilizada a expressão “companheiro” de forma genérica e indistinta, aplicando-se tanto aos indivíduos do sexo masculino quanto do sexo feminino.

Para se ter uma ideia, só se reconheceu direito sucessório ao companheiro nos últimos dias do ano de 1994, a partir da lei nº 8.971, e ainda assim de forma muito incipiente e limitada.

O Código Civil atual não deixou de representar uma evolução ao direito sucessório dos companheiros, contudo, diante da rápida evolução das relações sociais, já nasceu defasado no que concerne ao regramento da sucessão dos mesmos.

Por esta razão, o tema é foco de amplas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, que desde há muito geram reflexos no Poder Legislativo. Para ilustrar, observa-se que o assunto foi e continua sendo objeto de diversos projetos de lei que buscam melhor adequar a disciplina da matéria à realidade atual, a exemplo dos projetos de lei (PL) de número 6.960/2002 e 4.944/2005, que já foram arquivados, e os PL de número 508/2007, 674/2007, 699/2011 e 4.908/2012, que tramitam na Câmara dos Deputados.

Assim, percebe-se que a contínua transformação da sociedade ao longo do tempo levou a uma renovação do conceito de união estável que demanda a atualização da regulamentação do tema, a fim de que esta se torne compatível com a realidade atual.

Diante de tudo quanto foi exposto, o objetivo geral deste trabalho de conclusão de curso é investigar em que medida as distinções estabelecidas pelo Código Civil ao regramento dos direitos sucessórios do companheiro em relação aos do cônjuge podem implicar na inconstitucionalidade das normas referentes à sucessão dos companheiros.

Como objetivos específicos, o trabalho se propõe a: (a) avaliar a destinação dos bens adquiridos pelo autor da herança antes da vigência da união estável ou de forma gratuita durante sua vigência, quando o companheiro for o único herdeiro; (b) identificar se, a partir de uma interpretação sistemática, o companheiro também goza do *status* de herdeiro necessário; (c) estudar o instituto do direito real de habitação, discutindo a seguir se permanece aplicável também ao companheiro supérstite ou se restringe-se ao cônjuge sobrevivente; (d) analisar como deve se dar a partilha quando houver concorrência do companheiro com filhos exclusivos do *de cuius* e filhos comuns ao casal; e por fim (e) avaliar se há possibilidade de cônjuge e companheiro concorrerem na sucessão.

A pesquisa desenvolvida tem natureza aplicada, tendo em vista que se objetiva trazer soluções para situações que, por carecerem de regulamentação legal satisfatória, levam a uma proliferação de processos que buscam discutir as lacunas da lei frente aos casos concretos. Ou seja, os temas debatidos são de indiscutível aplicação prática.

O método de abordagem utilizado foi fundamentalmente o dedutivo. Os métodos de procedimento adotados foram o comparativo e o interpretativo, e a técnica empregada na

execução do presente trabalho foi a da pesquisa bibliográfica, através da colheita e processamento de informações contidas em livros, artigos e na jurisprudência.

Inicialmente serão abordados os institutos da união estável e do casamento, bem como a diferenciação entre aquela e concubinato, apresentando, ainda, a questão da evolução do conceito de família ao longo do tempo. Em seguida, será descrito o atual regramento do direito sucessório do cônjuge e do companheiro, para logo após, serem tratados os principais pontos de controvérsia que o tema envolve. Por fim, discutiremos a questão da constitucionalidade da matéria, bem como serão apresentados os projetos de lei sobre o assunto em trâmite no Congresso Nacional.

## 2 A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Antes de tratarmos do tema central deste trabalho, se faz necessário abordarmos alguns dos inúmeros aspectos que em torno dele gravitam, a fim de melhor fundamentar nossa discussão.

Assim, inicialmente é prudente nos debruçarmos sobre assuntos que, à primeira vista, diriam respeito apenas ao direito de família, como por exemplo os conceitos e distinções entre casamento e união estável e entre esta e concubinato, bem como as evoluções pelas quais a sociedade brasileira passou ao longo das últimas décadas e a influência que tais mudanças exerceram sobre as diferentes formas de se constituir uma família, para somente em seguida discutirmos as controvérsias que giram em torno dos direitos sucessórios dos cônjuges em relação aos dos companheiros.

### 2.1 APROXIMAÇÕES ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

O casamento é a forma historicamente mais tradicional de se constituir uma família e, em decorrência disso, a entidade familiar mais bem protegida e disciplinada pela lei, sendo seu modo de constituição repleto de formalidades que devem ser cumpridas para que o mesmo seja reputado válido.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão definem casamento como sendo “a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”.<sup>2</sup> Maria Helena Diniz, por sua vez, conceitua casamento como “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”.<sup>3</sup>

A partir das definições acima, depreende-se que a atual concepção (do ponto de vista jurídico, obviamente) de casamento diz respeito não ao seu aspecto religioso, tampouco envolve somente seu caráter formal ou o fato de ser modo de constituição da família, mas

---

<sup>2</sup> TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando, 2010 *apud* TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p.1067.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1051.

agrega à definição o elemento psíquico, subjetivo, ora tratado como *afeto*, ora tratado como *auxílio mútuo e espiritual* ou ainda como *comunhão plena de vida*<sup>4</sup>.

No que se refere à sua natureza jurídica, Flávio Tartuce mostra que existem três correntes que buscam apontá-la, sendo elas:

a) teoria institucionalista: enxerga o casamento como instituição e tem notável cunho moral e religioso, sendo defendida por autores de renome como Maria Helena Diniz e Rubens Limongi França;

b) teoria contratualista: traz o casamento como contrato de natureza especial e tem como principal defensor Sílvio Rodrigues;

c) teoria mista ou eclética: trata o casamento enquanto instituição no que diz respeito ao seu conteúdo, e como contrato especial no que se refere à sua formação, tendo como representantes Guilherme Calmon Nogueira da Gama e o próprio Flávio Tartuce.<sup>5</sup>

Este último doutrinador defende ainda que não é possível conceber o casamento como contrato puro, tendo em vista que tal concepção atrelaria fortemente o instituto a um conteúdo patrimonial, o que não pode ser aceito. Afirma, em seguida, que o casamento constitui “negócio jurídico especial”, posto que é formado a partir de regras que lhe são características, além de se reger por princípios próprios, distintos daqueles observados na seara contratual ordinária, quais sejam, monogamia, liberdade de escolha como exercício da autonomia privada e comunhão plena de vida, regida pela igualdade entre os cônjuges<sup>6</sup>.

A união estável, também denominada por alguns autores de “união livre”<sup>7</sup>, por sua vez, tem seu conceito extraído do atual Código Civil (CC) que, em seu artigo 1.723, estabeleceu 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”.

Assim, não há qualquer requisito de ordem temporal para a configuração do instituto, bastando que o casal tenha “convivência pública, contínua e duradoura”, nos termos da lei, bem como que tal relacionamento vise à constituição de uma família, característica esta comum ao casamento.

Apesar de necessário o *animus familiae* para configuração da união estável, não se exige que os companheiros tenham filhos, tampouco que vivam sob o mesmo teto, o que

<sup>4</sup> De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o casamento tem como uma de suas características o estabelecimento de uma “comunhão plena de vida” entre os cônjuges. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p 5.)

<sup>5</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 1068.

<sup>6</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 1069.

<sup>7</sup> CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Direito de Família e Direitos Humanos*. São Paulo: CL Edijur, 2012.

reflete uma adaptação do conceito de família às transformações que a sociedade vem sofrendo. Hoje não é mais incomum, tampouco sinônimo de fracasso conjugal, o fato de casais não terem filhos (muitos deixam de tê-los por assim escolherem) ou de cada um ter sua própria morada<sup>8</sup>.

Outra similaridade entre os institutos ora estudados reflete-se no fato de os impedimentos matrimoniais serem aplicáveis à união estável, por força do disposto no §1º do mencionado art. 1.723 do Código Civil<sup>9</sup>. A única exceção refere-se às pessoas casadas quando estiverem separadas de fato ou judicialmente<sup>10</sup>, que apesar de impedidas de casar, podem contrair união estável.

Em sentido contrário, Maria Berenice Dias defende que os impedimentos aplicáveis ao casamento não devem ser extensíveis à união estável, posto que o primeiro necessita da atuação estatal para se concretizar, enquanto a última é situação que se concretiza no mundo fático, despidiendola qualquer intervenção do Estado para que se consuma<sup>11</sup>.

Entendemos ser possível traçar um paralelo entre as teorias acerca da natureza jurídica do casamento, tratadas em linhas anteriores, de modo que as mesmas se adequariam também à compreensão da natureza jurídica da união estável.

A teoria contratualista estabelece que aquele é um contrato de natureza especial. Pois bem, do estudo da teoria geral dos contratos, mais especificamente da classificação dos mesmos, temos que, o contrato pode ser formal ou informal; solene ou não solene<sup>12</sup>. Assim, é possível pensar a união estável enquanto contrato especial, informal e não solene, do ponto de vista de que não requer qualquer formalidade para sua validade, apesar de poder ser objeto de contrato escrito ou mesmo de escritura pública, tais instrumentos não são da essência do ato, uma vez que o instituto se constitui e aperfeiçoa a partir de uma situação fática.

Quanto à teoria institucionalista, entendemos que se enxergarmos o assunto sob um prisma mais atual, considerando as evoluções experimentadas pela sociedade nos últimos tempos, seria mais adequado tratar a família e não o casamento como instituição social, tendo

<sup>8</sup> TARTUCE, Flávio, *op. cit.* (nota 5), p. 1168.

<sup>9</sup> “§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.”

<sup>10</sup> No que concerne às pessoas separadas judicialmente, com o advento da emenda constitucional 66/2010, que retirou o instituto da separação judicial do ordenamento, a previsão deixou de fazer sentido para as uniões estabelecidas a partir de então.

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. *A União Estável*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_a\\_uni% E3o\\_est% E1vel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni% E3o_est% E1vel.pdf)>. Acesso em 06 jan. 2014.

<sup>12</sup> O contrato formal é aquele que exige alguma formalidade para sua constituição, como a forma escrita por exemplo, ao passo de que o informal dispensa, como sugere o próprio nome, qualquer formalidade. A solenidade, por sua vez, é espécie da forma (gênero), referindo à necessidade de lavratura em Tabelionato de Notas. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011).



em vista que a institucionalização deste tem forte cunho religioso. Ademais, é notório que na atualidade a família, essa sim célula *mater* da sociedade, tem se constituído das mais diversas formas além do casamento. Assim, tanto o casamento quanto a união estável (assim como outras formas de constituição familiar como a adoção de filho(s) por um indivíduo solteiro, formando uma família monoparental, por exemplo) representam instrumentos formadores da instituição família.

Ao defender o casamento como “negócio jurídico especial”, Flávio Tartuce fundamentou seu ponto de vista, como tratado anteriormente, nos princípios da monogamia, da liberdade de escolha enquanto exercício da autonomia privada, e da comunhão plena de vida, além da igualdade entre os cônjuges<sup>13</sup>. Ora, não é preciso fazer maiores digressões para perceber que tais princípios são plenamente aplicáveis às relações formadas a partir de uniões estáveis.

Por fim, importa tratar dos deveres dos companheiros, elencados pelo artigo 1.724 da nossa codificação civil: deveres de lealdade, respeito, assistência mútua e de guarda, sustento e educação dos filhos. Fazendo o cotejo desses com os deveres dos cônjuges, listados no artigo 1.566 do mesmo Código<sup>14</sup>, percebe-se grande semelhança entre os mesmos, com apenas duas diferenças, indicadas a seguir.

A primeira delas diz respeito à exigência de fidelidade por parte do cônjuge, ao passo que o dever imposto ao companheiro é o de lealdade. Esta, contudo não chega a ser uma distinção propriamente dita, tendo em vista que se buscarmos a definição das duas palavras no dicionário, encontraremos fidelidade como sendo a “qualidade de fiel; **lealdade**, firmeza”<sup>15</sup> (grifo nosso), já lealdade é definida como “qualidade, ação ou procedimento de quem é leal”<sup>16</sup>. Os dois conceitos, portanto se entrelaçam e equivalem, chegando mesmo a serem utilizados de forma sinônima, como depreende-se da citação do conceito de fidelidade.

Assim, ambos os dispositivos legais representam o dever que, quer no casamento, quer na união estável, os cônjuges ou companheiros têm de agir um com o outro pautados

<sup>13</sup> TARTUCE, Flávio, *op. cit.* (nota 5), p. 1069.

<sup>14</sup> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

<sup>15</sup> HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Aurélio*. 2. ed., 31. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 775.

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*, p. 1016.

pelo respeito, consideração, sinceridade e todos os demais valores que representam uma conduta fiel ou leal.

A segunda diferença, essa sim uma distinção válida, concerne ao fato de exigir o casamento de forma expressa a “vida em comum no domicílio conjugal”<sup>17</sup>, ao passo que a união estável dispensa esse requisito para se configurar.

Fica claro, por fim, que casamento e união estável encontram seu fundamento em diversos princípios e características comuns, apresentando mais pontos de aproximação que de divergência, chegando mesmo a se intersecionarem quanto a vários de seus aspectos.

## 2.2 UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

Antes do reconhecimento da união estável como entidade familiar, o termo concubinato era utilizado para identificar de modo indistinto as uniões contraídas por outros meios que não o casamento, às quais negava-se o reconhecimento de direitos na seara do direito de família, incluindo-se nesse rol o modelo que atualmente conhecemos como união estável.

Para afastar o enriquecimento sem causa, a jurisprudência pouco a pouco foi passando a tratar, meramente para efeitos patrimoniais, as uniões não matrimoniais como sociedades de fato, disciplinadas pelo direito obrigacional.

Mais tarde, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 alçou a união estável ao *status* jurídico de entidade familiar em seu artigo 226, §3º<sup>18</sup>, retirando-a, por assim dizer, da clandestinidade, e distanciando o instituto do conceito de concubinato. Assim, nas palavras de Maria Berenice Dias,

O que no passado era chamado de concubinato, e se situava fora do Direito de Família, com a chancela constitucional, foi albergado nesse ramo do Direito e com o nome de união estável. Como a Constituição Federal alargou o conceito de família, a palavra *concubinato* foi substituída pela expressão *união estável*.<sup>19</sup>

A atual codificação civil, por sua vez, definiu concubinato como sendo “as relações não eventuais constituídas entre homem e mulher, impedidos de casar”<sup>20</sup>, tendo como exemplo típico o(a) amante da pessoa casada. Trata-se, portanto do que a doutrina chamou de

<sup>17</sup> Art. 1.566, inciso II, do Código Civil de 2002.

<sup>18</sup> “§ 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*

<sup>20</sup> Art. 1.727, Código Civil.

*concubinato adulterino, impuro ou de má fé*,<sup>21</sup> posto que representa situação em que há relações simultâneas, com quebra do princípio da monogamia e dos deveres de fidelidade e de lealdade tratados anteriormente.

Não é demais lembrar que, sendo o indivíduo casado, mas encontrando-se separado de fato de seu cônjuge, caso venha a contrair nova união, tratar-se-á de união estável e não de concubinato, por força da exceção prevista no artigo 1.723, §1º, segunda parte do Código Civil<sup>22</sup>. Nesse caso, a essência do princípio da monogamia não é afrontada, tendo em vista que a pessoa encontra-se casada por um vínculo meramente formal, sendo ausentes a afetividade e a comunhão plena de vida entre ela e seu cônjuge.

Flávio Tartuce elaborou uma interessante tabela na qual compilou as diferenças entre união estável e concubinato, a qual encontra-se reproduzida a seguir<sup>23</sup>:

---

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*

<sup>22</sup> § 1º: A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

<sup>23</sup> TARTUCE, Flávio, *op. cit.* (nota 5), p. 1169-1170.

<b>União Estável</b>	<b>Concubinato</b>
Constitui uma entidade familiar (art. 226, §3º, da CF/1988).	Não constitui entidade familiar, mas uma sociedade de fato.
Pode ser constituída por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas ou separadas de fato, judicialmente e extrajudicialmente.	Será constituída entre pessoas casadas não separadas, ou havendo impedimento matrimonial decorrente de parentesco ou crime.
As partes são denominadas companheiros ou conviventes.	As partes são chamadas de concubinos.
Há direito à meação patrimonial (art. 1.725), direito a alimentos (art. 1.694) e direitos sucessórios (art. 1.790 do CC).	Não há direito à meação patrimonial, direito a alimentos ou direito sucessório. Na questão patrimonial, aplica-se a antiga Súmula 380 do STF, que consagra direito à participação patrimonial em relação aos bens adquiridos pelo esforço comum. A jurisprudência também tinha o costume de indenizar a concubina pelos serviços domésticos prestados. Porém, a tendência é afastar tal direito, conforme julgado publicado no <i>Informativo</i> n. 421 do STJ, de fevereiro de 2010.
Cabe eventual <i>ação de reconhecimento e dissolução da união estável</i> , que corre na Vara da Família. Não se pode denominar a demanda como de dissolução de uma sociedade de fato, erro comum na prática.	Cabe <i>ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato</i> , que corre na Vara Cível.

Do exposto, temos que união estável e concubinato são institutos completamente distintos, ressaltando-se que o objeto do presente trabalho diz respeito apenas à primeira, inclusive porque ao concubino a lei não reconhece direitos sucessórios.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> A jurisprudência (particularmente a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), por sua vez, tem aqui e acolá equiparado a concubina à companheira, particularmente quando o relacionamento paralelo é de longa duração, por entender que se trataria de união estável e não de concubinato. Nesse sentido, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível 70024804015. Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 13 ago. 2009, e TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível 70021968433. Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 06 dez 2007.

### 2.3 CONCEITO DE FAMÍLIA, EVOLUÇÃO SOCIAL E UNIÃO ESTÁVEL

A origem remota da família remonta a uma reunião de pessoas aparentadas com vistas à sobrevivência. Na Antiguidade, a coesão familiar tinha por base a conservação de bens (presente um forte patrimonialismo), a prática comum de um ofício e nos casos de crises, a preservação da honra e das vidas.<sup>25</sup> Não era, portanto o afeto o traço distintivo responsável pela união entre os membros da família.

Com o passar dos séculos, surgiu o cristianismo e, a partir dele, a Igreja Católica e o direito canônico. O casamento, então, foi sacralizado de modo que, enquanto sacramento, somente a morte teria o condão de dissolvê-lo, visão que ganhou força e espalhou-se pelo mundo ocidental durante a Idade Média. Nas palavras de Luciano Silva Barreto,

Insta salientar que a partir deste advento [o casamento enquanto sacramento], a Igreja passou a empenhar-se em atacar tudo o que pudesse desagregar o seio familiar. O aborto, o adultério e concubinato, nestes meados, também passaram a ser abominados pelo Clero e pela sociedade, mas deve ser lembrado que este último ato continuava por ser praticado, porém de forma discreta.<sup>26</sup>

Não é difícil perceber que esses valores ainda encontram-se presentes em nossa sociedade, influenciando fortemente boa parte do corpo social e, conseqüentemente, algumas das normas de nosso corpo legislativo.

Prosseguindo na análise da evolução do modelo familiar, é possível perceber que as Revoluções Modernas propiciaram uma renovação de pensamentos que, ao longo do tempo, foram ganhando espaço no ideário da sociedade e pouco a pouco originou o conceito moderno de família, que se baseia nos laços de afeição entre seus membros e não apenas em motivos de ordem religiosa ou patrimonial.

Partindo agora para uma breve análise da família brasileira, temos que, guardadas as devidas proporções, bem como atentando para o contexto histórico a ela contemporâneo, foi seguido aproximadamente o mesmo padrão que até então delineamos para a origem da família, tomando por referência a história da humanidade em geral.

A instituição familiar no Brasil se formou a partir do modelo trazido pelos colonizadores portugueses. Dessa forma, “a construção da família brasileira fundamentou-se

---

<sup>25</sup> BARRETO, Luciano Silva. Evolução Histórica e Legislativa da Família. In: ARAÚJO, Irapuã (Ed.). *10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 206. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil\\_205.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*, p. 206.

na supremacia da condição masculina, detentora da vontade e do poder aquisitivo”.<sup>27</sup> Em outras palavras, eram os valores patriarcais e patrimonialistas que imperavam nas famílias brasileiras desde o colonialismo, estendendo-se até épocas bem recentes e tendo influenciado largamente o Código Civil de 1916. Observe-se que tais valores podem ser sentidos até os dias atuais, ainda que de forma já bastante mitigada, em nossa sociedade.

Junto com os valores patriarcais e patrimonialistas, temos a forte influência exercida pelo direito canônico, conforme leciona Orlando Gomes:

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1890, que instituiu o casamento civil. [...] A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesiásticas se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, de regra, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal.<sup>28</sup>

Prova disso é que o fim da sociedade conjugal pelo desquite não permitia à pessoa casar-se novamente. Além disso, a mulher desquitada era execrada pela sociedade.

Ademais, a dissolução do casamento pelo divórcio (necessariamente precedido pela separação em seu início) só se tornou realidade no ano de 1977 e, ainda assim, de forma bastante burocratizada. Apenas muito recentemente no ano de 2007, com a lei nº 11.441, foi possibilitado ao casal extinguir o vínculo conjugal extrajudicialmente. Só a partir da emenda constitucional nº 66 de 2011 o anacrônico instituto jurídico da separação foi banido de nosso ordenamento.

Os contextos social e legislativo descritos até então criaram um campo fértil para o estabelecimento do instituto que hoje conhecemos como união estável. Por exemplo, a situação dos desquitados contribuiu enormemente para a constituição de uniões livres, tendo em vista que esses indivíduos, apesar de já não serem mais casados, não tinham o direito de casar novamente. Dessa forma, a alternativa que lhes restava para que pudessem reconstruir sua vida afetiva era unirem-se informalmente aos novos parceiros ou parceiras.

Outra razão bastante comum para a constituição de uniões estáveis relaciona-se ao fator financeiro. Os menos favorecidos, que não têm condições de arcar com as despesas de um casamento, nem por isso deixam de formar um lar e de ter filhos com seus companheiros.

Desta feita, tendo em vista que implicam em menos formalidades, disciplina e controle por parte do Estado, “aos poucos, as uniões livres ganharam espaço e força no seio

---

<sup>27</sup> CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Direito de Família e Direitos Humanos*. São Paulo: CL Edijur, 2012, p. 81.

<sup>28</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 09.

social. Passaram, então, a construir um novo perfil de família, gerando nova modelagem e estrutura”<sup>29</sup>.

Com a evolução paulatina dos valores sociais e com a quebra de certos paradigmas, como os que atrelavam o sexo e a gravidez ao casamento, este foi deixando de ser a única origem socialmente aceitável de uma união com filhos.

Pouco a pouco a constituição da família foi passando a se centrar no sentimento de afeto nutrido entre seus membros, dando origem aos mais diversos modelos familiares, hoje tão comuns, como famílias constituídas por união estável; pelo que se chama “produção independente”; por casais formados por divorciados e/ou viúvos que levam os filhos do relacionamento anterior para o novo lar, entre tantos outros arranjos que conhecemos, sem que possamos falar em superioridade de um em relação ao outro.

O sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.[...] Cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode portanto afirmar uma abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação às outras.<sup>30</sup>

Trazendo de volta o foco para a união estável, fica claro que a família por meio dela constituída tem tanto valor quanto a família fundada no casamento, sendo merecedora, portanto, (tanto a entidade familiar em si quanto, e principalmente, os indivíduos que a integram) dos mesmos direitos e garantias assegurados a este instituto, particularmente após o advento do art. 226, §3º da Constituição Federal em vigor.

Orlando Gomes defendeu de forma bastante lúcida que “importa menos o ato solene de constituição da família do que a vontade contínua de manter os vínculos afetivos que sustentam a conservação do grupo familiar”<sup>31</sup>, razão pela qual não se deve distinguir os dois institutos, no sentido de conceder primazia a um deles, negando ou limitando direitos ao outro.

Na verdade, a grande diferença, despida de qualquer viés preconceituoso, que pode ser apontada entre o casamento e união estável reside no campo probatório.

---

<sup>29</sup> CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Direito de Família e Direitos Humanos*. São Paulo: CL Edijur, 2012, p. 89.

<sup>30</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244.

<sup>31</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 41.

O casamento, por ser ato necessariamente formal e solene, exigindo procedimento de habilitação prévio e registro em cartório, resulta na produção de prova pré-constituída da união por meio da certidão de casamento. Já a prova da existência da união estável, por sua vez, pode ser tanto pré como pós-constituída. Será pré-constituída quando desde o início da relação de convivência, os companheiros lavrarem escritura pública de edificação da união estável, e pós-constituída quando os conviventes não produzirem tal documento, podendo sempre, obviamente, ser comprovada pelos mais diversos meios (filhos em comum, testemunhos, comprovação de endereço comum, fotos e qualquer outro meio admitido em direito) no decorrer da união ou mesmo quando de sua dissolução.<sup>32</sup>

Tratados os aspectos introdutórios ao tema, adentraremos a partir de agora no campo do direito sucessório, indo ao cerne da problemática que o presente trabalho se propõe a discutir.

---

<sup>32</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.



### 3 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

O regramento sucessório inaugurado pelo Código Civil de 2002 foi alvo de duras críticas por parte da doutrina. Sílvio de Salvo Venosa, condenou de forma severa as disposições da atual codificação quanto ao direito das sucessões, ao dizer que

Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas são as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei está vigente. Que apliquem de forma mais justa possível os nossos tribunais!<sup>33</sup>

Não obstante, a despeito das impropriedades técnicas cometidas, as regras estabelecidas pelo Código Civil de 2002 representaram, com algumas exceções, uma evolução, tanto no que concerne aos direitos dos cônjuges, como também àqueles conferidos aos companheiros.

Não há dúvida de que o legislador poderia ter cumprido melhor seu papel, redigindo um texto mais claro, que não levantasse tantas dúvidas, bem como poderia ter avançado mais no campo do direito material em si, como se discutirá adiante. Entretanto, temos que reconhecer que as regras atuais conferem direitos mais amplos aos cônjuges e aos companheiros do que o regramento anterior.

Os principais avanços nos direitos sucessórios do cônjuge podem ser exemplificados pela sua inclusão no rol dos herdeiros necessários, bem como pela alteração na ordem de vocação hereditária, que o inseriu na primeira e segunda classe, concorrendo respectivamente com os descendentes e ascendentes.

Os companheiros, por sua vez, não tinham direitos sucessórios reconhecidos pelo Código Civil de 1916, passando a participar da sucessão somente a partir da lei nº 8.971/94, que lhe conferia usufruto de parte dos bens quando concorresse com filhos ou ascendentes do *de cuius*. O convivente só herdava, contudo, se não houvesse descendentes ou ascendentes.

O Código Civil atual inseriu o companheiro também nas duas primeiras classes da ordem de vocação hereditária, à semelhança do que fez com o cônjuge, de modo que ele passou a concorrer com os descendentes (comuns ou exclusivos) e com os ascendentes do convivente falecido. Há que se consignar, contudo, que o Código Civil de 2002 representou,

---

<sup>33</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 129.

quanto a determinados aspectos, retrocessos aos direitos de sucessão do companheiro, por exemplo ao colocá-lo como herdeiro concorrente aos colaterais até o 4º grau e ao deixar de prever expressamente o direito real de habitação para o mesmo.

### 3.1 BREVE HISTÓRICO

A história do direito sucessório remete a períodos remotíssimos, confundindo-se com a própria história da família e da propriedade. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro “perde-se sua origem na noite dos tempos, parecendo que se prende à comunidade da família, de que se constituía prolongamento natural”<sup>34</sup>.

Considerando a origem remota do direito das sucessões e os objetivos deste trabalho, nos permitiremos dar um salto na linha do tempo para abordar apenas os aspectos mais relevantes da história do direito sucessório dos cônjuges e companheiros no ordenamento pátrio.

Antes do advento do Código Civil de 1916, o direito sucessório baseava-se nas disposições contidas nas Ordenações Filipinas<sup>35</sup>, de modo que, conforme ensina Orlando Gomes, até o ano de 1907, a vocação hereditária obedecia à seguinte ordem: descendentes, ascendentes, colaterais até o *décimo grau*, ocupando o cônjuge sobrevivente apenas a quarta posição, à frente somente do Fisco. Nesse ano, essa ordem foi alterada pela lei nº 1.839, que alçou o cônjuge supérstite para o terceiro grau e limitou o parentesco colateral ao sexto grau<sup>36</sup>.

O Código de 1916, manteve o cônjuge na terceira classe sucessória, atrás dos descendentes e ascendentes, e herdando desde que não estivesse separado legalmente do *de cuius*. Não havia, portanto, concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes ou ascendentes nesse sistema, de modo que, se pelo regramento anterior era praticamente impossível ao cônjuge herdar, foi mantida uma situação em que a esposa ou o marido só seriam chamados a suceder em casos de rara exceção. Ademais, o consorte não era herdeiro necessário.

A sucessão do companheiro só foi legalmente reconhecida, ainda de forma acanhada, a partir de 1994 (ou seja, já sob a égide da atual Constituição), com a lei nº 8.971, que

---

<sup>34</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. v. 6. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

<sup>35</sup> AVELAR, Karen Hellen Esteves. Análise sistemática da sucessão do cônjuge e o do companheiro na perspectiva civil-constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16(/revista/edições/2011), n. 2941. Publicada em 21 jul.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19594>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

<sup>36</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14.ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4.

estabelecia em seu artigo 2º as seguintes regras sucessórias: direito ao usufruto de um quarto dos bens do *de cuius*, se o convivente com ele tivesse filhos em comum, apenas enquanto não constituísse nova união; ou direito ao usufruto de metade dos bens, se o falecido só houvesse deixado ascendentes, também perdendo esse usufruto, caso resolvesse se unir novamente a alguém. Por fim, inexistindo descendentes ou ascendentes, o companheiro fazia jus à totalidade da herança.

Do exposto, percebemos que o direito à herança em si só surgia na total ausência de descendentes ou ascendentes, pois do contrário o que se conferia ao companheiro era mero usufruto de parcela do acervo hereditário e desde que não reconstruísse sua vida com outra pessoa.

Uma outra lei, a de nº 9.278, do ano de 1996, estendeu ao convivente o direito real de habitação, ao qual o cônjuge fazia jus desde a criação do Estatuto da Mulher Casada em 1962.

Finalmente, com o Código Civil de 2002, o cônjuge foi inserido no rol de herdeiros necessários e passou a suceder em concorrência tanto com os descendentes quanto com os ascendentes. Aos companheiros também foram reconhecidos direitos sucessórios ainda que em concorrência com descendentes ou ascendentes. O legislador perdeu, todavia, excelente oportunidade de pôr fim à disparidade de tratamentos dispensados a cônjuges e companheiros, assunto sobre o qual nos debruçaremos mais adiante.

Iniciaremos a partir deste ponto um estudo mais atento acerca das regras referentes à sucessão dos cônjuges, bem como daquelas concernentes à sucessão dos companheiros, estabelecidas pela atual codificação.

### 3.2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE

O eixo central do direito sucessório do cônjuge é encontrado no artigo 1.829 e seguintes do Código Civil. O dispositivo referido disciplina a ordem de vocação hereditária, a qual se fundamenta nos laços sanguíneos e familiares. Estes, por sua vez, têm como base os sentimentos de solidariedade e de amparo mútuo que deve reinar entre os membros da família<sup>37</sup>. O artigo 1.829 tem o seguinte teor:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

---

<sup>37</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.* (nota 34), p. 86.

- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Como se vê, o cônjuge figura nas três primeiras classes sucessórias, gozando, de maneira geral, de posição privilegiada em relação aos demais herdeiros necessários.

O texto do inciso I, contudo, é de redação um tanto quanto confusa, tendo gerado diferentes interpretações doutrinárias. Aparentemente, a intenção do legislador foi a de proteger o cônjuge sobrevivente, tornando-o herdeiro em concorrência com os descendentes comuns ou exclusivos do *de cujus* quando não houver bens passíveis de meação.<sup>38</sup>

Importa neste ponto esclarecer a distinção entre meação e herança. No intuito de bem cumprir essa tarefa, tomamos emprestadas as palavras de Maria Helena Diniz que com maestria ensina:

O óbito gera [...] duas consequências: *a*) no âmbito do *direito de família*, além da extinção do vínculo matrimonial, opera a cessação do regime de bens; assim sendo, conforme este, **o cônjuge na qualidade de co-proprietário, retira sua meação do patrimônio comum**, seguindo as normas que regem o regime matrimonial de bens adotado, visto que já é dono de sua parte ideal, antes da abertura da sucessão. A meação é oriunda de uma relação condominial existente em *vida* dos cônjuges; e *b*) na seara do *direito das sucessões*, **o patrimônio do de cujus é a herança** (universalidade de bens, que abrange o que seria sua antiga meação e seus bens particulares, inclusive créditos e débitos) por ele deixada, imediatamente transferida, no instante de sua morte, a seus herdeiros: seu cônjuge em concorrência com seus descendentes ou ascendentes. (grifo nosso)<sup>39</sup>

Assim, tomando por exemplo o regime legal da comunhão parcial de bens, sobre o patrimônio que o casal tenha amealhado ao longo do matrimônio, deverá ser procedida primeiro a meação, a fim de que o cônjuge viúvo retire dos bens comuns a metade à qual faz jus, como faria diante de qualquer que fosse a razão de ser da dissolução do vínculo conjugal. A herança, a seu turno, será composta pela metade dos patrimônio comum (aquela que caberia ao *de cujus* na meação), bem como pelos bens particulares deste.

### 3.2.1 Sucessão do cônjuge em concorrência com descendentes

Retomando o tema da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes, extrai-se do dispositivo legal que a mesma depende das seguintes circunstâncias: regime de bens adotados pelo casal e existência de patrimônio exclusivo do *de cujus*. Assim, só herdará

<sup>38</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 129.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v. 6. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123.

na primeira classe sucessória o cônjuge que for casado nos seguintes regimes de bens<sup>40</sup>: comunhão parcial de bens, desde que o falecido tenha deixado bens particulares; separação convencional de bens; participação final nos aquestos.

Quanto às razões que ensejaram a exclusão do cônjuge da primeira classe sucessória quando forem outros os regimes de bens do casamento, o voto da desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar o agravo de instrumento 1.0024.12.028476-5/002, é elucidativo:

A exclusão de direito sucessório do cônjuge não se inspira, nos três casos, em motivos idênticos. No primeiro deles [comunhão universal de bens], cabendo ao cônjuge sua meação sobre o patrimônio comum, a lei presume não haver necessidade de recebimento de uma quota na herança; no segundo [separação obrigatória de bens], como a própria lei impõe o regime da separação, não faria sentido permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial; no último [comunhão parcial de bens, inexistindo bens particulares do *de cujus*], a ausência de patrimônio particular do de cujus importa em serem comuns todos os seus bens: por uma circunstância fática, essa última situação se equipara à primeira (de comunhão universal) e, portanto, deve merecer igual tratamento.<sup>41</sup>

Concorrendo com os descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual àquele destinado a cada um deles, por força do disposto no art. 1.832 do Código Civil<sup>42</sup>. Este dispositivo prevê ainda a reserva da quarta parte da herança quando os descendentes forem comuns ao *de cujus* e ao cônjuge sobrevivente.

Como se vê, o legislador foi omissivo quanto aos casos em que coexistam entre os descendentes tanto filhos comuns do(a) falecido(a) e viúvo(a), quanto filhos exclusivos daquele(a). Isso abriu margem para uma série de interpretações quanto à manutenção ou não da reserva da quarta parte, bem como quanto ao quinhão que deve tocar a cada herdeiro nessa situação.

Maria Helena Diniz defende que, havendo filiação híbrida, não deve ser aplicada a reserva de um quarto da herança para o cônjuge, partilhando-se a herança por cabeça. A autora fundamenta seu posicionamento no princípio da igualdade jurídica entre os filhos.<sup>43</sup> Esse entendimento é o majoritário entre os doutrinadores, conforme aponta interessante tabela

<sup>40</sup> Nesse sentido, GOMES, Orlando, *op. cit.* (nota 36), p. 56; DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* (nota 39), p. 122 e TARTUCE, Flávio, *op. cit.* (nota 5), p. 1307.

<sup>41</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento 1.0024.12.028476-5/002. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Julgado em: 09 mai. 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.028476-5%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

<sup>42</sup> Art. 1.832. “Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* (nota 39), p. 127.

elaborada por Francisco José Cahali e atualizada por Giselda Hironaka<sup>44</sup> (anexo I), que resume a opinião de diversos doutrinadores de peso acerca de diferentes pontos polêmicos entre o direito sucessório do cônjuge e o do companheiro.

Uma corrente minoritária, contudo, defende que a reserva do quinhão correspondente à quarta parte da herança deve ser mantida em favor do cônjuge quando existirem concomitantemente filhos comuns e exclusivos, dividindo-se o montante restante por cabeça entre os filhos<sup>45</sup>.

Nosso entendimento coaduna-se ao da maioria dos doutrinadores, ou seja, havendo filiação híbrida, deve o cônjuge sobrevivente herdar quinhão igual ao dos descendentes. O artigo 1.832 do CC é claro quando diz que o quinhão do viúvo não pode ser inferior à quarta parte da herança, *se este for ascendente dos herdeiros com que concorrer*. Deste modo, quando não o for, fica afastada a incidência da regra da reserva da quarta parte, herdando o cônjuge por cabeça, tal qual os descendentes do *de cuius*.

### 3.2.2 Sucessão do cônjuge em concorrência com ascendentes

Na segunda classe da ordem de vocação hereditária, temos os ascendentes em concorrência com o cônjuge, chamados à sucessão sempre que o *de cuius* não tenha deixado descendentes.

O artigo 1.837 do Código Civil estabelece que “concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Assim, de acordo com o dispositivo citado, se o autor da herança falecer deixando além do cônjuge, pai e mãe, cada um deles herdará quinhão de um terço; já se deixar o cônjuge e apenas um dos ascendentes de primeiro grau, cada qual herdará metade do acervo hereditário. Na prática, essas duas situações correspondem a uma divisão da herança por cabeça.

Por outro lado, se o *de cuius* houver deixado apenas avós e cônjuge, este recebe metade da herança, ao passo que os ascendentes herdam a outra metade, da qual cinquenta por cento (ou seja, um quarto do total) caberá à linha materna e cinquenta por cento à linha paterna. Na verdade, essa regra aplica-se aos ascendentes do segundo grau em diante,

---

<sup>44</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil, parte especial: do direito das sucessões*. v. 20. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 228-229.

<sup>45</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 131.

entretanto dificilmente se vislumbrará um caso concreto de sucessão de cônjuge em concorrência com ascendentes de grau superior ao segundo.

### 3.2.3 Sucessão do cônjuge isoladamente

Finalmente, não havendo descendentes nem ascendentes, o cônjuge sucederá isoladamente, de acordo com o que preceitua o artigo 1.838 do CC. Nesse caso, o direito à herança será independente do regime de bens adotado no casamento.

A legitimidade do cônjuge para suceder, entretanto, dependerá da observância aos requisitos impostos pelo artigo 1.830 do CC<sup>46</sup>, quais sejam, não estar o cônjuge separado do autor da herança, quando da morte deste, quer se trate de separação judicial (que vem perdendo o sentido desde a EC nº 66/2011), quer de separação de fato, se desta já houver transcorrido mais de dois anos.

Nesse último caso, porém, o cônjuge supérstite terá restabelecido seu direito à sucessão se conseguir provar que a convivência se tornou impossível sem que ele tenha concorrido para isso, o que, convenhamos, na prática é extremamente difícil de se conseguir.

### 3.2.4 Direito real de habitação do cônjuge

O direito real de habitação foi criado pelo Estatuto da Mulher Casada (lei nº 4.121/62), que o inseriu no §2º do artigo 1.611<sup>47</sup> do Código Civil de 1916. Como visto, esta codificação relegava o cônjuge apenas à terceira classe na ordem de vocação hereditária, ou seja, só herdava se não existissem descendentes nem ascendentes. Além disso, o cônjuge não era herdeiro necessário.

Dessa forma, o instituto que foi criado com o objetivo de conferir algum amparo ao cônjuge após o falecimento de seu consorte, assegurando-lhe ao menos um teto sob o qual pudesse viver com dignidade. Para fazer jus ao benefício, contudo, o regime de bens do casamento deveria ser o da comunhão universal, o imóvel deveria ser o único bem desse tipo

---

<sup>46</sup> Art. 1.830. “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

<sup>47</sup> Art. 1.611, § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

a ser inventariado. Ademais, o cônjuge só teria o direito real de habitação enquanto permanecesse viúvo.

O Código Civil de 2002 manteve o direito real de habitação em termos semelhantes aos da codificação anterior, trazendo, contudo, algumas alterações importantes. O instituto está previsto no artigo 1.831, que tem o seguinte teor:

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.

Como se vê, a garantia ao instituto tornou-se independente do regime de bens pelo qual o casamento era regido, bem como foi suprimida do texto legal a exigência ao cônjuge de permanecer em estado de viuvez. Apesar disso, alguns importantes doutrinadores, a exemplo de Maria Helena Diniz<sup>48</sup> e Zeno Veloso<sup>49</sup>, sustentam que a constituição de nova família afasta a incidência do direito real de habitação.

A despeito do texto legal ter mantido a previsão de que o direito real de habitação só incidirá se o imóvel for o único a ser inventariado, a jurisprudência tem estendido o direito ao cônjuge supérstite mesmo quando há mais de um bem imóvel a se inventariar. Nesse sentido,

UNIÃO ESTÁVEL. 1) DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE, NA RESIDÊNCIA EM QUE VIVIA O CASAL. EXISTÊNCIA DE OUTRO IMÓVEL RESIDENCIAL QUE NÃO EXCLUI ESSE DIREITO. 2) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA. 3) RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1.- O **direito real de habitação**, assegurado, devido à união estável, ao cônjuge sobrevivente, pelo art. 7º da Lei 9287/96 [sic.], **incide**, relativamente ao imóvel em que residia o casal, **ainda que haja mais de um imóvel residencial a inventariar**.

[...]

3.- Recurso Especial conhecido, em parte, e nessa parte provido, reconhecendo-se o direito real de habitação, relativamente ao imóvel em que residia o casal quando do óbito, bem como elevando-se o valor dos honorários advocatícios.<sup>50</sup> (grifo nosso)

Washington de Barros Monteiro lembra que o instituto incide *ex vi legis*, posto que intimamente relacionado ao direito de família, logo, dispensa registro no álbum imobiliário.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* (nota 39), p. 136.

<sup>49</sup> Nesse sentido, VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2018.

<sup>50</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1220830/PR, 3ª Turma. Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgado em: 19 jun. 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=O+direito+real+de+habita%E7%E3o%2C+assegurado%2C+devido+%E0+uni%E3o+est%E1+vel%2C+ao+c%F4njuge+sobrevivente&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=O+direito+real+de+habita%E7%E3o%2C+assegurado%2C+devido+%E0+uni%E3o+est%E1+vel%2C+ao+c%F4njuge+sobrevivente&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 11 jan. 2014.

<sup>51</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.* (nota 34), p. 98.



Ressalte-se, ainda, que o direito real de habitação tem caráter personalíssimo e vitalício. Flávio Tartuce defende, ainda, a irrenunciabilidade deste direito, uma vez que ele tem por base o direito fundamental à moradia.<sup>52</sup>

### 3.3 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

A sucessão do companheiro é regida por um único artigo, o 1.790, na atual codificação civil. A doutrina critica amplamente a posição do dispositivo dentro do corpo legal, argumentando, com total razão, que o mesmo ficou deslocado, uma vez que situado entre as disposições gerais, quando deveria estar incluído no Capítulo I do Título II, que trata da ordem de vocação hereditária.

O artigo 1.790 estabelece que

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

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

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

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

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

Cumprido esclarecer que a morte de um dos conviventes opera a extinção da sociedade de fato. Logo, à semelhança do que acontece com o cônjuge, o companheiro fará jus à meação dos bens, de acordo com o regime de bens adotado pelo casal. Não havendo contrato que estabeleça de forma diversa, o regime será o da comunhão parcial de bens.

O primeiro ponto a chamar atenção refere-se ao fato de que apenas os bens onerosamente adquiridos ao longo da união estável é que serão objeto de sucessão pelo companheiro. Ao reger o tema dessa forma, o legislador criou uma situação em que, via de regra, o companheiro sai prejudicado em relação ao cônjuge, tendo em vista que este herda também sobre os bens exclusivos do falecido. Ocorre, contudo, que o companheiro concorre com os descendentes qualquer que seja o regime de bens da união estável, ao passo que o cônjuge não, como visto.

---

<sup>52</sup> TARTUCE, Flávio, *op. cit.* (nota 5), p.1317.

### 3.3.1 Sucessão do companheiro em concorrência com descendentes

Conforme se extrai da leitura dos dois primeiros incisos do artigo 1.790 do Código Civil, a quota-parte do convivente sobrevivente ao concorrer com descendentes, dependerá de serem os mesmos exclusivos do *de cujus* ou comuns a ele e ao companheiro. No primeiro caso, este herdará uma quota equivalente à metade daquela herdada por cada um dos descendentes do autor da herança. Na segunda hipótese, a quota-parte do companheiro será idêntica àquela atribuída aos descendentes comuns.

Vale salientar que a redação do inciso I do dispositivo em estudo foi infeliz ao trazer a expressão “filhos” em lugar de “descendentes”. Atentos ao deslize do legislador, nossos civilistas elaboraram o enunciado nº 266 Cjf/STJ na III Jornada de Direito Civil<sup>53</sup>, segundo o qual “aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas em concorrência com filhos comuns”.

A falta de previsão para o caso de haver tanto descendentes comuns quanto exclusivos abriu espaço para uma ampla discussão doutrinária. Há uma concordância geral no sentido de que, em atenção ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, todos eles têm direito a igual quinhão hereditário. Os aspectos controvertidos acerca da sucessão do companheiro em concorrência com os descendentes serão tratados de forma mais detida em tópico próprio no próximo capítulo.

### 3.3.2 Sucessão do companheiro em concorrência com “outros parentes”

O inciso III do artigo 1.790 estabelece que, quando o companheiro concorrer à herança com “outros parentes sucessíveis”, terá direito a apenas um terço do montante total.

Combinando o dispositivo em análise com o artigo 1.829, que estabelece a ordem de vocação hereditária, temos que, quando concorrer com pai e mãe do autor da herança, o companheiro fará jus a tratamento semelhante àquele dispensado ao cônjuge em igual situação. Nas demais hipóteses, contudo, a disciplina legal confere tratamento inexplicavelmente discriminatório ao companheiro, se compararmos com aquele dado ao cônjuge. Vejamos: concorrendo o convivente somente com o pai ou a mãe do *de cujus*, ou

---

<sup>53</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados aprovados da I, II, III, IV e V Jornada de Direito Civil*, p. 47. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 28 dez.2013.

sendo os ascendentes de grau maior que o primeiro, o mesmo só terá direito a um terço dos bens, e ainda assim, apenas daqueles adquiridos onerosamente na constância da união estável, ao passo que se cônjuge fosse, herdaria metade do acervo.

Mais gritante ainda é a discrepância caso o *de cujus* não tenha deixado descendentes nem ascendentes. Enquanto o cônjuge recebe a totalidade da herança, o companheiro ainda concorre com parentes colaterais até o quarto grau! Isso porque esses também são “parentes sucessíveis”, de acordo com o artigo 1.829, IV combinado com o artigo 1.839.

Sobre esse tema, Giselda Hironaka escreveu que

[...] andou mal o legislador ao aprovar o dispositivo, da forma como está, por recriar o privilégio dos colaterais até o quarto grau, os quais passam a concorrer com o convivente supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária. [...] É flagrante a discrepância.<sup>54</sup>

Assim, o companheiro herdará isoladamente a totalidade do acervo somente na remotíssima hipótese de não existir nenhum parente sucessível. Tal disciplina legal impôs um retrocesso ao direito sucessório do companheiro, pois de acordo com as regras anteriores ao Código de 2002, o convivente herdaria todos os bens na falta de descendentes e ascendentes.

Se de um lado o legislador discriminou o companheiro ao colocá-lo isoladamente somente após os colaterais, de outro cometeu uma injustiça também em relação ao cônjuge, quando condicionou a sucessão em concorrência com os descendentes ao regime de bens do casamento, enquanto que o companheiro concorre com os descendentes à sucessão independentemente do regime de bens adotado na constituição da união estável.

Observa-se, dessa forma, que as desigualdades existentes na regulamentação da sucessão do cônjuge em relação à do companheiro, ora prejudicam este (o que ocorre no mais das vezes), ora prejudicam aquele. Ninguém ficou imune.

### 3.3.3 Direito real de habitação do companheiro

O direito real de habitação foi reconhecido ao convivente ainda durante a vigência do Código Civil de 1916, a partir da lei nº 9.278, publicada no ano de 1996, que em seu artigo 7º, parágrafo único, dispôs: “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

<sup>54</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.* (nota 44), p. 57.

O direito real de habitação do companheiro, à época da criação da referida lei, teve uma disciplina mais benéfica em relação à que estava em vigor para o cônjuge, tendo em vista que não vinculava o direito a qualquer regime de bens, nem exigia que o imóvel fosse o único a ser inventariado.

A atual codificação civil, contudo, não previu esse direito para o companheiro, mas apenas para o cônjuge, iniciando uma discussão doutrinária e jurisprudencial no sentido de estabelecer se o direito permaneceu válido para os casos de união estável, ou se foi revogado tacitamente pelo Código Civil de 2002. Esse tema será devidamente discutido no item 4.4 do capítulo seguinte.

## 4 ASPECTOS CONTROVERTIDOS

O estudo desenvolvido até esse ponto demonstra que o tema da sucessão do cônjuge e do companheiro, mais precisamente suas disparidades, levanta uma série de polêmicas. O presente capítulo destina-se a evidenciar e discutir os pontos controversos que consideramos mais relevantes, a fim de melhor embasar a análise da constitucionalidade ou não de regramentos sucessórios tão díspares.

### 4.1 OS BENS PASSÍVEIS DE SUCESSÃO

Como visto, se o autor da herança falece casado, seu cônjuge terá direito à meação, cujo âmbito de incidência em relação aos bens dependerá do regime ao qual se sujeitava o casamento. Feita a meação, o regime de bens importará ainda caso o cônjuge concorra com descendentes, pouco importando se os mesmos são comuns a ele e ao *de cuius* ou se são exclusivos deste.

Assim, havendo descendentes, o cônjuge só terá direito a suceder concorrentemente se era casado com o autor da herança pelos regimes da comunhão parcial de bens (desde que o *de cuius* tenha deixado bens particulares), da separação convencional de bens, ou da participação final nos aquestos.

No que se refere ao regime da comunhão parcial de bens, doutrina e jurisprudência se dividem quanto aos bens sobre os quais incide a sucessão do cônjuge.

Uma primeira corrente, à qual se filia a maior parte da doutrina, entende que o quinhão do cônjuge só tocará os bens particulares do autor da herança, tendo em vista que já teve direito à meação dos bens comuns<sup>55</sup>, consoante o que dispõe o Enunciado nº 270 Cjf/STJ, da III Jornada de Direito Civil<sup>56</sup>. Também encontramos, sem maiores dificuldades, julgados em que a jurisprudência se manifestou nesse sentido, por exemplo:

---

<sup>55</sup> Nesse sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v. 7. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.172.

<sup>56</sup> Enunciado nº 270 Cjf/STJ: “O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados aprovados da I, II, III, IV e V Jornada de Direito Civil*, p. 47. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciados-aprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 28 dez.2013.)

INVENTÁRIO – SUCESSÃO LEGÍTIMA - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - BENS COMUNS E PARTICULARES - VIÚVA - MEEIRA DE BENS COMUNS - HERDEIRA DE BEM PARTICULAR - ART. 1829, INC. I, CC - SENTENÇA REFORMADA. **Sendo o casamento celebrado sob o regime de comunhão parcial, mas deixando o falecido bens particulares, em relação a estes a viúva concorrerá com os descendentes**, cada um tendo direito a frações eqüitativas do patrimônio, pois quanto a este o cônjuge sobrevivente não terá direito à meação, enquanto receberá somente a meação dos bens comuns, dos quais não será herdeira. **Isto com base no raciocínio de que onde cabe comunhão não é cabível concorrência com descendentes, pois já teria sido beneficiada e vice-versa.**<sup>57</sup> (grifo nosso)

CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHA DO FALECIDO. CONCORRÊNCIA. CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BENS PARTICULARES. CÓDIGO CIVIL, ART. 1829, INC. I. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO.

1. No regime da comunhão parcial de bens, **o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido.** Interpretação do art. 1829, inc. I, do Código Civil.<sup>58</sup> (grifo nosso)

Uma segunda corrente entende que, concorrendo o cônjuge com os descendentes, seu direito à sucessão incidirá tanto sobre os bens particulares, quanto sobre os comuns (dos quais já recebeu a meação). Maria Helena Diniz, defensora desse posicionamento, entende que “se erigiu o regime matrimonial de bens do casamento como mero requisito ao direito de suceder do cônjuge em concorrência com descendente do autor da herança, ao lado dos previstos no art. 1830”<sup>59</sup>. Logo, atendido o requisito, a sucessão se dá sobre a totalidade do acervo hereditário. Nesse mesmo sentido, Ana Luiza Maia Nevares, ao defender que, sendo a herança uma universalidade de direito, deve prosperar o entendimento de que o cônjuge herda sobre todo o montante<sup>60</sup>.

Há ainda uma terceira corrente, propugnada por Maria Berenice Dias, segundo a qual o cônjuge em concorrência com descendentes herda apenas sobre os bens comuns, ficando excluído na sucessão dos bens particulares. Essa corrente vem sendo seguida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), podendo ser citado como exemplo o recente julgamento do Recurso Especial de nº 1377084/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, tendo sido o acórdão publicado em 15 de outubro de 2013.

<sup>57</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação cível 1.0024.04.463851-8/001. Rel. Des. Nepomuceno Silva. Julgado em: 06 dez. 2007. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.463851-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

<sup>58</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 974241/DF, 4ª Turma. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Conv. TJ/AP). Julgado em: 07 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=974241&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>59</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* (nota 39), p. 124.

<sup>60</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Concorrência do cônjuge. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p.67.

Em seu voto, seguido unanimemente pelos demais Ministros da Terceira Turma, a relatora defendeu que, se ao casar os nubentes optam, na autonomia de sua vontade, pelo regime da comunhão parcial, é porque desejam manter incomunicáveis os bens particulares. Desse modo, os bens não são partilhados no divórcio e, pelo mesmo motivo, não o devem ser após a morte de um dos consortes. Alega ainda que, caso o cônjuge supérstite herde bens particulares do *de cuius*, estes podem ir parar nas mãos de um terceiro estranho, caso o viúvo se case novamente<sup>61</sup>.

Com todo o respeito às abalizadas opiniões em contrário, concordamos com a segunda corrente, por entendermos que, no caso em análise, o legislador estabeleceu a existência de bens particulares como mero requisito para que o cônjuge pudesse ingressar na sucessão juntamente com os descendentes. Não tendo restringido em momento algum os bens sobre os quais deveria recair a sucessão, entende-se que a mesma abarcará o acervo hereditário como um todo.

A interpretação defendida pela Terceira Turma do STJ peca por excesso, segundo nosso entendimento. Devemos ter em mente que o regime da comunhão parcial é aquele que a lei estabelece de forma genérica, aplicando-se sempre que os nubentes não estipulem pacto antenupcial.

Considerando que a população em geral tem apenas uma parca noção, quando a tem, do que sejam os regimes de bens e quais suas implicações, e que somente uma minoria tem acesso a uma assessoria jurídica que esclareça e oriente qual o regime de bens que melhor se adequa a sua realidade, bem como que redija o pacto antenupcial, é um exagero, para dizer o mínimo, assumir que nos casamentos regidos pela comunhão parcial os nubentes deliberadamente optaram por impedir o cônjuge de ter acesso aos seus bens particulares.

Ademais, não se pode comparar a partilha do divórcio com aquela da sucessão, tendo em vista que o fato motivador de uma e de outra são absolutamente distintos. Na primeira, os cônjuges “desistem”, por assim dizer, de permanecerem unidos, em regra como resultado de um processo de desgaste do relacionamento, decepções e até mesmo agressões mútuas. Muito natural, portanto, que não se sintam inclinados a dividir seus bens particulares com o ex-consorte.

Na sucessão, por sua vez, o fato motivador da dissolução do casamento é o falecimento de um dos consortes, que permaneceram unidos até o fim e, provavelmente,

---

<sup>61</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1377084/MG, 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 08 out. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20131008&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=324>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

assim permaneceriam se a fatalidade não houvesse batido às suas portas. Muitas vezes a morte resulta de doenças que exigem que o cônjuge se desdobre em cuidados, a fim de dar o necessário apoio e conforto ao seu consorte em seus últimos dias. Assim, seria demais interpretar que a vontade do *de cuius* era a de afastar o cônjuge da sucessão de seus bens particulares, excluindo-o da sucessão quanto a esses bens, pelo simples fato de ter adotado o regime legal da comunhão parcial de bens ao se casar.

O segundo argumento, de que o cônjuge supérstite poderia vir a casar novamente, abrindo a possibilidade de um bem particular do autor da herança chegar às mãos do segundo consorte, resulta de uma conjectura que não cabe ao Judiciário fazer. As decisões dos magistrados não podem se pautar em suposições desse tipo e, menos ainda, seria aceitável utilizá-las como argumento, inclusive porque a pessoa que enviúva tem todo o direito de refazer sua vida e de buscar ser feliz novamente.

No que se refere à sucessão do companheiro, o legislador estabeleceu de forma clara que sua participação será apenas quanto aos “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”<sup>62</sup>.

É possível encontrar na jurisprudência, contudo, ainda que de forma bastante pontual, decisões que deferem ao companheiro a sucessão quanto à totalidade dos bens, quando em concorrência com colaterais, por considerar inconstitucional o art. 1.790, inciso III. Nesse sentido, trazemos trecho do voto vencedor, de lavra do Des. Alberto Vilas Boas, em decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na qual foi vencido o relator:

Não é constitucional o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil à companheira e à cônjuge no que concerne à vocação hereditária dos bens particulares do falecido, especialmente quando o regime de bens é o da comunhão parcial. [...] A sistemática ora estabelecida - direito sobre a sucessão do outro companheiro - revelou, segundo a doutrina, verdadeiro retrocesso e criou contradição que não foi superada pela nova lei civil.

É que o Código Civil teria propiciado forma diferenciada de tratamento entre o cônjuge e o companheiro no âmbito do direito sucessório, especialmente sobre a meação do falecido, quando se compara as regras dos arts. 1.790 e 1.829, CC. [...] Por certo, as instituições da união estável e do casamento são mais similares do que diferentes entre si, inclusive quanto ao regime de bens que, em regra, é o da comunhão parcial. Há outro pormenor de extrema relevância que não pode ser desconsiderado e que consiste no fato de as famílias que se originam destes núcleos humanos são "idênticas nos vínculos de afeto, solidariedade e respeito" [...] Sendo assim e observada a situação fática dos autos - concorrência entre o companheiro e o colateral sobre os bens particulares do falecido - é de se aplicar, em face da ausência de ascendentes e descendentes, a regra de vocação hereditária prevista no art. 1.829, III, CC, que atribui ao cônjuge sobrevivente preferência em face do colateral.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Art. 1.790, *caput*.

<sup>63</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação cível 1.0534.09.014315-5/001. Rel. Des. Armando Freire, Revisor Des. Alberto Vilas Boas. Julgado em: 01 out. 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&pagin>



Nesse mesmo sentido, decisão da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do desembargador Fortes Barbosa<sup>64</sup>. A decisão excluiu da sucessão parentes colaterais (irmãos e sobrinhos), mantendo o julgamento de primeira instância que deferiu à companheira supérstite a totalidade da herança.

As distinções estabelecidas pelo legislador ao definir os bens passíveis de sucessão pelo cônjuge e aqueles passíveis de sucessão pelo companheiro criou uma situação de desigualdade injustificável, ora prejudicando o cônjuge, ora prejudicando o companheiro.

A doutrina tem entendido de forma majoritária que o cônjuge, quando em concorrência com descendentes, herda apenas sobre os bens particulares do *de cujus*, recebendo somente a meação quanto aos bens comuns. Já o companheiro, nessa mesma situação, tem direito à sucessão apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável ou seja, bens comuns ao casal.

Assim, tomando a hipótese de um casal que construiu seu patrimônio ao longo da vida a dois, com comunhão parcial de bens, havendo descendentes e bens particulares em valor ínfimo, morrendo um deles, teremos duas situações distintas: se eles eram casados, o cônjuge sobrevivente, de acordo com o entendimento predominante, herdaria valor irrisório, pois só teria direito a parte dos bens particulares do *de cujus*; já se viviam em união estável, o companheiro ficaria em situação bem mais confortável, pois além da meação teria direito à herança sobre os bens comuns. Resulta, portanto, numa injustiça para com o cônjuge.

Se, por outro lado, na situação apontada acima, a maior parte do acervo hereditário correspondesse a bens particulares do *de cujus*, inverter-se-ia a injustiça, pois o cônjuge seria beneficiado e o companheiro preterido.

Portanto, considerando que, como anteriormente defendido neste trabalho e em consonância com o julgado aqui transcrito, casamento e união estável encontram, nos seus fundamentos, mais semelhanças que diferenças, mais acertado seria que o legislador uniformizasse a regra tanto para as famílias constituídas por união estável, quanto por casamento, desvinculando-a, neste caso, do regime de bens adotado.

O entendimento defendido por Maria Berenice Dias, segundo o qual o cônjuge só tem direito à herança sobre os bens comuns do casal, vem recentemente ganhando força junto à jurisprudência, particularmente após ter sido adotado pela Terceira Turma do STJ, de modo

---

aNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0534.09.014315-5/001&pesquisaNumeroCNJ =Pesquisar&>. Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>64</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0157945-36.2012.8.26.0000. Rel. Des. Fortes Barbosa. Julgado em: 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6474746>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

que a tendência parece ser a de que, com o passar do tempo, passe a ser adotado de forma predominante entre os magistrados. Apesar de não sermos adeptos dessa corrente, entendemos que ela traz a vantagem de aproximar o regramento sucessório do cônjuge e do companheiro no que se refere aos bens sobre os quais deve incidir sua sucessão. Assim, aplicá-la na prática redundará em uma atenuação das desigualdades entre o direito sucessório do companheiro e o do cônjuge, posto que ambos herdarão somente quanto aos bens comuns.

#### 4.2 CONCORRÊNCIA ENTRE COMPANHEIRO E DESCENDENTES

O Código Civil, ao disciplinar a sucessão do cônjuge em concorrência com descendentes, estipulou os quinhões independentemente de estes serem exclusivos do autor da herança ou comuns a ele e seu cônjuge, de modo que herdaram todos por cabeça. A questão da reserva da quarta parte não será discutida neste item, tendo em vista que já foi analisada com a devida atenção quando tratamos da sucessão do cônjuge no capítulo anterior.

Ao tratar da sucessão do companheiro, contudo, o legislador estabeleceu diferentes quinhões para quando o companheiro concorrer com descendentes seus e do falecido, e quando os descendentes forem exclusivos deste.

Para piorar a situação, a lei não disciplinou de forma expressa como se dará essa partilha caso coexistam descendentes comuns e exclusivos. Das muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de solucionar a celeuma, surgiram três correntes interpretativas.

A doutrina majoritária entende que o mais acertado nesse caso seria aplicar o inciso I do art. 1.790<sup>65</sup>, tratando todos os filhos como se fossem comuns ao casal (*de cujus* e companheiro supérstite), de modo que descendentes e companheiro herdariam por cabeça, recebendo quinhões iguais.<sup>66</sup> Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - UNIÃO ESTÁVEL – SUCESSÃO – CONCORRÊNCIA DA COMPANHEIRA COM FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS DO AUTOR DA HERANÇA - APLICAÇÃO DO ART. 1790, I, CC

**1. PREDOMINA NA DOUTRINA O ENTENDIMENTO DE QUE, DIANTE DA LACUNA DA LEI QUANTO À HIPÓTESE DE CONCORRÊNCIA ENTRE A COMPANHEIRA, HERDEIROS COMUNS E HERDEIROS**

<sup>65</sup> CC, art. 1.790, inciso I: “se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”.

<sup>66</sup> Nesse sentido, Caio Mário da Silva, Francisco Cahali, Maria Berenice Dias e Maria Helena Daneluzzi, entre outros (de acordo com a tabela de Cahali/Hironaka - anexo I).

**APENAS DO AUTOR DA HERANÇA, A MELHOR SOLUÇÃO É DIVIDIR DE FORMA IGUALITÁRIA OS QUINHÕES HEREDITÁRIOS ENTRE O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE E TODOS OS FILHOS.**<sup>67</sup> (grifo nosso)

Uma segunda corrente doutrinária defende que deve ser aplicada a regra insculpida no inciso II do artigo citado<sup>68</sup>, tratando os filhos como se exclusivos fossem, ou seja, o companheiro recebe quota-parte correspondente à metade daquela a que fazem jus os descendentes<sup>69</sup>. Nesse sentido, citamos precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

INVENTÁRIO UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIRA É MEEIRA E SUCESSORA - CONCORRÊNCIA COM DOIS FILHOS COMUNS E TRÊS SÓ DO FALECIDO NOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - AUSÊNCIA DE REGRA LEGAL APLICA-SE, POR ANALOGIA, O ART. 1790, II, DO CC, QUE NÃO CAUSA PREJUÍZO À COMPANHEIRA, NÃO DESFAVORECE OS FILHOS NEM OS TRATA DE FORMA DIFERENTE.<sup>70</sup> (grifo nosso)

Por fim, uma terceira corrente, de maneira bastante interessante, entende que diante da sucessão híbrida o mais justo é aplicar uma fórmula matemática de ponderação.

O principal representante dessa última corrente é Gabriele Tusa, que de maneira sensata defende que não é possível empregar analogia para solucionar o problema, como fazem as duas primeiras correntes, posto que o caso não é de omissão legislativa, já que o legislador previu uma e outra situação. Assim, o autor propõe o emprego simultâneo das regras dos incisos I e II, através de cálculos matemáticos que estabeleçam de forma proporcional o quinhão do companheiro, considerando o número de descendentes comuns e exclusivos, sendo respeitada a distribuição equânime entre estes.<sup>71</sup> Giselda Hironaka, adepta desta corrente, explica que

[...] os cálculos, então, se viabilizam pelo uso do conceito de média ponderada, o único conceito-princípio que permite atender, simultaneamente, às determinações contidas nos dois primeiros incisos do art. 1.790 CC, de acordo com o número de

<sup>67</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Agravo de Instrumento 2010 00 2 012714-7. Des. Rel. Sérgio Rocha. Julgado em: 20 out. 2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

<sup>68</sup> CC, art. 1.790, inciso II: “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles”.

<sup>69</sup> Nesse sentido, Flávio Tartuce, Maria Helena Diniz e Zeno Veloso, entre outros (de acordo com a tabela de Cahali/Hironaka - anexo I).

<sup>70</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0584138-91.2010.8.26.0000. Rel. Des. Antonio Vilenilson. Julgado em: 26 fev. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6863857&v1Captcha=ffsjw>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

<sup>71</sup> TUSA, Gabriele. Sucessão do Companheiro: Concorrência com Descendentes Comuns e Exclusivos do Autor da Herança. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 71-76.

descendentes que se apresentem sob cada uma das qualificações que compõem a faceta híbrida da descendência.<sup>72</sup>

A obra que contém a demonstração e explicação dos cálculos propostos pelo referido autor pode ser consultada no anexo II deste trabalho.

O mais acertado, sem dúvida, seria o legislador reformular o texto do artigo 1.790, estabelecendo um critério único independentemente de ser a descendência comum ou exclusiva do autor da herança, critério esse também que coloque os companheiros em paridade de tratamento relativamente aos cônjuges.

Enquanto a lei não é reformada, entendemos que a terceira corrente é a mais adequada ao texto legal, pois calcula o quinhão do companheiro supérstite proporcionalmente ao número de descendentes comuns e exclusivos, respeitando ao mesmo tempo a igualdade entre os filhos assegurada pela Constituição da República.

Ocorre que, pondo o legalismo de lado, o entendimento mais justo e em harmonia com os preceitos constitucionais, que serão tratados de forma mais detida adiante, nos parece ser o primeiro, segundo o qual em caso de filiação híbrida descendentes e companheiro herdam por cabeça. Tal interpretação gera um tratamento paritário entre companheiro e cônjuge, ao mesmo tempo em que a igualdade jurídica entre os filhos é respeitada, já que os descendentes recebem todos quinhões idênticos.

#### 4.3 CONCORRÊNCIA ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE SEPARADO DE FATO

O Código Civil admite a constituição de união estável por pessoa separada de fato (art. 1.723, §1º, c/c art. 1.521, VI). Assim, apesar de tecnicamente persistir o casamento, privilegia-se a situação faticamente constituída, reconhecendo-se direitos ao companheiro. O mesmo *codex*, por outro lado, prevê que o cônjuge separado de fato por mais de dois anos não tem direito a sucessão, exceto se comprovar que a convivência tornou-se insustentável sem culpa sua (art. 1.830).

A celeuma surge nos casos em que o *de cuius* falece tendo constituído união estável, quando estava separado de fato do cônjuge do relacionamento anterior há menos de dois anos. Para essa situação não há previsão legal expressa que determine de quem é o direito sucessório e os doutrinadores apontam diferentes soluções.

---

<sup>72</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do Companheiro e do Cônjuge, na Sucessão dos Descendentes. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 60.

Maria Helena Diniz admite a concorrência entre cônjuge separado de fato e companheiro<sup>73</sup>, sem, contudo, sugerir solução prática para o problema.

Giselda Hironaka defende, a seu turno, que a esse caso aplica-se a regra do art. 1.790, inciso III, tendo em vista que o cônjuge se enquadraria como “parente sucessível”, sendo chamado à sucessão em concorrência com o companheiro, ficando este com um terço dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ao passo que aquele receberia os dois terços restantes, bem como os demais bens<sup>74</sup>. Essa tese não resolve, contudo, as situações em que, além do cônjuge separado de fato e do companheiro, existem descendentes ou ascendentes, além de parecer não ser a mais justa.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão argumentam que o patrimônio do *de cujus* deve ser dividido em duas partes, uma correspondente aos bens amealhados durante a existência de fato do casamento, e outro composto pelos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. O cônjuge teria direito à herança sobre o primeiro monte e o companheiro sobre o segundo<sup>75</sup>.

Finalizando os exemplos, Ana Luiza Maia Nevares alega que

[...] esta duplicidade de legitimidade para suceder é apenas aparente, pois, a uma, o cônjuge separado de fato pode legalmente constituir união estável (CC, art. 1.723, *caput* e § 1º) e, a duas, na base das normas relativas à sucessão legal deve estar a *pessoa do sucessor*, pertencente à entidade familiar da qual fazia parte o *de cujus*, como complexo de vínculos interpessoais, qualificando a relação do chamado à sucessão e tornando-a relevante. Assim, **uma vez ocorrendo a referida “concorrência” entre ex-cônjuge separado de fato e companheiro sobrevivente à sucessão do *de cujus*, será a união estável a entidade familiar que qualificará a relação do sucessor com o autor da herança, tornando-a relevante para a sucessão, afastando, assim, o cônjuge sobrevivente separado de fato, atribuindo-se os direitos sucessórios do falecido ao companheiro sobrevivente.**<sup>76</sup>  
(grifo nosso)

O entendimento desta última autora nos parece ser o mais adequado, tendo em vista que a separação de fato põe termo ao relacionamento, de modo que apesar de ser mantida “no papel”, a existência fática do casamento tem fim. Nada corrobora mais o fim do matrimônio do que o fato de um dos cônjuges contrair uma união estável. Tal ato demonstra que o afeto pelo ex-cônjuge e o propósito de manter com ele uma vida em comum já não subsistem.

<sup>73</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* (nota 39), p. 118.

<sup>74</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.* (nota 44), p. 71.

<sup>75</sup> TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando, 2010 *apud* TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 1331-1332.

<sup>76</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, *op. cit.* (nota 59), p. 66.

Assim, seria extremamente injusto permitir ao ex-cônjuge separado de fato participar da sucessão, simplesmente por não ter sido formalizada a dissolução da sociedade conjugal, quando esta na realidade já não existia.

Obviamente, o ex-consorte deve ter seu direito à meação assegurado quanto aos bens adquiridos até a separação de fato, de acordo com o regime de bens pelo qual o matrimônio era disciplinado, devendo, contudo, ser excluído da sucessão.

Entendemos que na situação que ora se estuda, apenas o companheiro tem direito à sucessão, podendo ser o caso de concorrer com outros herdeiros, dentre os quais certamente não deve figurar o ex-cônjuge. No mesmo sentido, a opinião de Christiano Cassettari<sup>77</sup> e Sílvio de Salvo Venosa<sup>78</sup>.

#### 4.4 APLICABILIDADE DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO AO COMPANHEIRO

Como mencionamos anteriormente, a lei estendeu o direito real de habitação ao companheiro tardiamente, já sob a égide da atual Constituição, no ano de 1996 com a publicação da lei nº 9.278, que no parágrafo único de seu artigo 7º estabeleceu que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. O citado diploma legal encerrou, à época, a discussão sobre a aplicabilidade do direito real de habitação à união estável.

Lastimavelmente, a pacificação do tema durou pouco, graças à inépcia de nossos legisladores e à forma atabalhoada com que a disciplina da sucessão do companheiro foi inserida no projeto de lei que redundou no Código Civil vigente. Mais do que perder a oportunidade de uniformizar o instituto conferindo disciplina única para cônjuges e conviventes supérstites, o legislador simplesmente se omitiu, possivelmente por esquecimento, deixando de fazer qualquer previsão acerca da aplicabilidade ou não do direito real de habitação em caso de união estável.

Foi reiniciada, assim, a celeuma em torno do assunto, com doutrinadores e aplicadores do direito discutindo se a lei nº 9.278/96 teria permanecido em vigor no que se refere ao direito real de habitação, ou se teria sido revogada pelo Código Civil.

---

<sup>77</sup> CASSETTARI, Christiano. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. Orientação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 104.

<sup>78</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 145.

Washington de Barros Monteiro<sup>79</sup> opina no sentido de que o Código de 2002 não manteve o instituto para o companheiro, no que é acompanhado por Inacio de Carvalho Neto<sup>80</sup>. Em sentido contrário, defendendo a compatibilidade do direito real de habitação do companheiro com o atual Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa<sup>81</sup>, Giselda Hironaka<sup>82</sup> e Flávio Tartuce<sup>83</sup>, entre outros.

O entendimento que prevalece tanto na doutrina quanto na jurisprudência é o de que o direito real de habitação fica mantido na sucessão do companheiro. Maria Helena Diniz<sup>84</sup>, ao defender esse posicionamento, argumenta com muita lucidez que

[...] em relação ao direito real de habitação, temos, parece-nos, um caso de antinomia de segundo grau, ou seja, um conflito entre norma anterior especial (Lei n. 9.278, art. 7º, parágrafo único) e norma posterior geral (CC, art. 1.831), que, por sua vez, gera antinomia entre o critério da especialidade e o cronológico, para a qual valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo a qual a regra da especialidade prevaleceria sobre a cronológica. [...] A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. [...] Ante a dúvida, surgirá, então, uma antinomia real de segundo grau ou lacuna de conflito (ausência de critério ou metacritério normativo), que só poderá ser solucionada pelos critérios apontados pelos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Deveras, num caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa.

Também conclui pela permanência do direito real de habitação do companheiro o Enunciado nº 117 CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil, segundo o qual “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/1988”.

A jurisprudência, ao enfrentar o impasse, também tem se pronunciado com maior frequência em favor do direito do convivente, conforme demonstram os seguintes julgados:

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N.9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. **Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente.** Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI,

<sup>79</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.* (nota 34), p. 101.

<sup>80</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil. *Revista Jurídica da Unifil*. Ano I, nº 1. 2004. p.105-117. Disponível em: <[http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica\\_01-9.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-9.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2013. p. 116.

<sup>81</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 144.

<sup>82</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.* (nota 44), p.56.

<sup>83</sup> TARTUCE, Flávio, *op. cit.* (nota 5), p.1325.

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* (nota 39), p. 149-150.

TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012. 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o **direito fundamental à moradia** constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao **postulado da dignidade da pessoa humana** (art. art. 1º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. **A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade.** 4. Recurso improvido.<sup>85</sup> (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. [...] DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA CONVIVENTE. LEGITIMIDADE. EXEGESE DO ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.278/96, NÃO REVOGADO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PROVIMENTO PARCIAL. [...] Reconhecida a união estável, tem a companheira sobrevivente direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.<sup>86</sup>

DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. A despeito da ausência de previsão no novel Código Civil, a companheira sobrevivente dispõe de direito real de habitação com base no parágrafo único do artigo 7º da Lei nº. 9.278/96, podendo permanecer no imóvel em que residia ao tempo do falecimento do companheiro enquanto viver ou até a constituição de nova união ou casamento. Apelo conhecido e não provido.<sup>87</sup>

Entendemos, consoante a doutrina e jurisprudência dominantes, que deve prevalecer, no caso em análise, o critério da especialidade. A finalidade da lei nº 9.278/96 foi regular o §3º do artigo 226 da Constituição Federal, que reconheceu a união estável como entidade familiar. O Código Civil de 2002 revogou as disposições que lhe eram contrárias, entretanto não afetou as disposições sobre as quais foi silente, caso do direito real de habitação, inclusive porque no referido Código não se encontra nenhuma disposição que conflite com o reconhecimento da extensão do instituto ao companheiro. Não se trata, portanto, de silêncio eloquente, não havendo que se falar em revogação implícita do dispositivo de lei que o reconheceu.

Ademais, conforme se depreende do citado Enunciado nº 117 CJF/STJ, não fosse suficiente o reconhecimento da prevalência do critério da especialidade a manter a vigência do artigo 7º, parágrafo único da lei nº 9.278/96, a manutenção do direito real de habitação do convivente se imporia como resultado de uma interpretação analógica do artigo 1.831 do CC e em respeito ao direito fundamental à moradia e ao princípio da dignidade da pessoa humana,

<sup>85</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial1156744/MG. Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma. Julgado em: 09 out. 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=1156744&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1156744&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

<sup>86</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. Apelação Cível 00.2009.008.650-1/001, Rel. Des. José Ricardo Porto. Julgado em: 23 fev. 2012. Disponível em: <[www.tjpb.jus.br](http://www.tjpb.jus.br)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

<sup>87</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível 2006081007 9595. Rel. Desa. ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO. Julgado em: 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 jan. 2014.



insculpados na Constituição, bem como aos ditames da justiça, de acordo com a brilhante argumentação de Maria Helena Diniz que citamos em linhas anteriores.

A razão de ser do direito real de habitação é a garantia da moradia, atendendo à manutenção de um mínimo existencial, segundo defendeu Fachin em seu “Estatuto jurídico do patrimônio mínimo”<sup>88</sup>, e tendo em vista que um teto sob o qual viver corresponde à mais elementar exigência para uma vida digna. Desta feita, chegando ao cerne do instituto, não há como deferir-lo ao cônjuge e negá-lo ao companheiro, pois onde reside a mesma razão, deve assistir o mesmo direito.

#### 4.5 DESTINAÇÃO DOS BENS NÃO ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL

O Código Civil, ao regular a sucessão do companheiro, estabelece no *caput* do seu art. 1.790 que esta se dará apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, determinando em seguida (inciso IV) que, inexistindo parentes sucessíveis, a totalidade da herança será deferida ao companheiro. O mesmo diploma legal estabelece no art. 1.844 que, na ausência de herdeiros ou renunciando eles à herança, esta é devolvida ao Município de circunscrição dos bens ou ao Distrito Federal, se lá eles estiverem situados.<sup>89</sup>

Pois bem, diante do que dispõe o Código Civil, surge o seguinte problema: e quando o companheiro é o único herdeiro do *de cuius* e há bens obtidos a título gratuito ou adquiridos onerosamente antes da união estável? Qual deve ser a destinação dos mesmos? Devem ser herdados pelo companheiro sobrevivente ou ser devolvidos ao Município ou Distrito Federal?

Há quem defenda que tais bens devem ser destinados ao Poder Público, por entender que quando o artigo 1.790, inciso IV estabelece que o companheiro ficará com a totalidade da herança se não existirem outros parentes sucessíveis, essa “totalidade” abrangeria apenas a

<sup>88</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>89</sup> A arrecadação de bens pelos referidos entes se faz a partir dos procedimentos de jacência da herança, seguida da declaração de sua vacância. Falecendo indivíduo sem deixar herdeiro notoriamente conhecido, inicia-se a jacência e seus bens são arrecadados, ficando sob a guarda e administração de um curador, até que algum sucessor surja e seja habilitado ou até a declaração da vacância da herança. Nesta etapa, está configurada a denominada herança jacente. (TARTUCE, Flávio, *op. cit.* (nota 5), p. 1283.)

No intuito dar conhecimento da situação a eventual sucessor não conhecido e possibilitar-lhe a habilitação, são publicados editais, na forma da lei processual. Um ano após a publicação do primeiro edital, não se habilitando herdeiro, a herança é declarada vacante e deferida ao Poder Público, que adquire a propriedade resolúvel dos bens. Somente após transcorridos cinco anos da abertura da sucessão sem que ninguém requeira habilitação por meio de ação própria, é que o Poder Público passa a ter propriedade definitiva da herança. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.* (nota 44), p. 191-192).

parte dos bens aos quais o companheiro está autorizado a suceder, ou seja, aqueles adquiridos onerosamente na vigência da união estável.<sup>90</sup>

Em sentido contrário, aparentemente em consonância com a maioria dos doutrinadores (conforme anexo I), Flávio Tartuce<sup>91</sup> defende que a conclusão de que os bens devem todos ser destinados ao companheiro, na hipótese aqui aventada, decorre diretamente da leitura do artigo 1.844 do Código Civil<sup>92</sup>.

Aprofundando a discussão, Maria Helena Diniz, ensina que Município, Distrito Federal e União são “sucessores irregulares”, ao passo que o convivente é “sucessor regular”. Desta feita, não se pode conceber que este concorra à herança com um daqueles entes públicos. Para que uma herança possa ser declarada vacante, é imprescindível que inexista qualquer herdeiro ou que os que existam a ela renunciem.

A sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu recentemente decisão na qual negou provimento a recurso interposto pela Municipalidade de São Paulo, que visava à declaração de jacência de bem adquirido pelo autor da herança antes da união estável, tendo em vista que a única herdeira era a companheira do *de cujus*. A ementa tem o seguinte teor:

INVENTÁRIO – Municipalidade que pretende arrecadar, como jacente, bem particular do de cujus adquirido antes da união estável – Descabimento – Conflito entre o caput e o inc. IV do art. 1.790 do CC – Interpretação sistemática que se ajusta à perspectiva constitucional da matéria e à disciplina simétrica reservada ao cônjuge sobrevivente – Inteligência dos arts. 1.829, III, e 1.844 do CC – Doutrina – Herança que não pode ser apenas em parte jacente Recurso desprovido.<sup>93</sup>

O relator do acórdão, o desembargador Ferreira da Cruz defendeu em seu voto que, para uma correta interpretação do artigo 1.790, inciso IV do CC, se faz mister conjugar sua leitura à do artigo 1.844, o que leva à impossibilidade de que uma herança seja jacente apenas em parte. Concluiu o reator que “tal interpretação, sistemática, se ajusta à perspectiva constitucional da matéria e à disciplina simétrica reservada ao cônjuge sobrevivente; logo, também à luz do que se tinha antes do Código Civil, motivo não há para desprezá-la”.

<sup>90</sup> Nesse sentido, NETO, Inácio de Carvalho, *op. cit.* p.115.

<sup>91</sup> TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15 (/revista/edicoes/2010), n. 2681 (/revista/edicoes/ 2010/11/3), 3(/revista/edicoes /2010/11/3) nov. (/revista/edicoes/2010/11) 2010 (/revista/edicoes/ 2010) .Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17751>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

<sup>92</sup> Art. 1.844 “Não sobrevivendo cônjuge, **ou companheiro**, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”. (grifo nosso).

<sup>93</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0156697-98.2013.8.26.0000. Rel. Des. Ferreira da Cruz. Julgado em: 24 out. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7131370>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

Do exposto, não vemos como concluir de forma diferente, inclusive porque, sendo o companheiro o único herdeiro, destinar bens deixados pelo *de cuius* ao Poder Público seria a mais pura expressão da injustiça, representando injustificável intromissão Estatal na esfera privada, verdadeira usurpação de patrimônio .privado pelo Poder Público. Ademais, representaria mais uma injustificável distinção de tratamento entre companheiros e cônjuges, tendo em vista que, sendo este o único herdeiro, ele fica com a totalidade da herança e o Poder Público fica afastado da sucessão.

#### 4.6 COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

Durante a vigência do Código Civil de 1916, apenas ascendentes e descendentes eram considerados herdeiros necessários, o que era objeto de críticas por parte da doutrina e da sociedade. Atendendo aos apelos nesse sentido, o legislador incluiu o cônjuge no rol dos herdeiros necessários no Código de 2002, juntamente com ascendentes e descendentes.

Ser alçado à categoria de herdeiro necessário trouxe para o cônjuge a garantia de não mais poder ser excluído da sucessão por disposição testamentária, ao alvedrio do testador. Isso porque, havendo herdeiro necessário, só é possível dispor por testamento da metade dos bens. Somente por deserdação pode o autor da herança afastar um desses herdeiros da sucessão.<sup>94</sup>

O convivente, por sua vez, não foi inserido no rol dos herdeiros necessários, ensejando a possibilidade de que seja simplesmente excluído da sucessão, por mero capricho do autor da herança, se este, não tendo herdeiros necessários, resolver testar em favor de terceiros, destinando-lhes todo seu patrimônio.

Infelizmente, a minoria da doutrina considera o companheiro como herdeiro necessário.<sup>95</sup> Sobre o tema, Maria Berenice Dias, escreveu ser “indevido excluir da parceria estável a sucessão necessária, condição a que o cônjuge foi guindado pelo art. 1.845. De todo descabida [...] a disparidade de tratamento que resultou em severas sequelas, dando margens a gritantes injustiças”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil. *Revista Jurídica da Unifil*. Ano I, nº 1. 2004. p.105-117. Disponível em: <[http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica\\_01-9.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-9.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2013. p. 111.

<sup>95</sup> Na Tabela de Cahali/Hironaka (anexo I), apenas Caio Mário da Silva Pereira, Luiz Paulo de Vieira Carvalho e Maria Berenice Dias.

<sup>96</sup> DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*

A não inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários representa mais uma disparidade de regramentos sucessórios em relação ao cônjuge, a colocar o convivente em desvantagem injustificável.

Felizmente, podem ser percebidos alguns avanços na seara jurisprudencial, particularmente a paulista, nesse sentido, com decisões que têm considerado o companheiro como herdeiro necessário, excluindo colaterais da sucessão como decorrência desse entendimento.

Inventário Agravo contra despacho onde, **não havendo herdeira necessária outra que não a alegada companheira** do de cujus, deferiu o ingresso de colaterais no feito, por esta não se haver manifestado a tempo acerca da pretensão respectiva Prova, todavia, de haver externado regular impugnação, mas pelo protocolo integrado, do que o Juízo não se apercebeu Reconsideração do despacho, informações nesse sentido Agravo prejudicado, pela perda do objeto.<sup>97</sup> (grifo nosso)

Agravo de instrumento - Ação de dissolução e liquidação judicial de sociedade - Determinação de emenda à petição inicial, para informação do nome completo dos parentes colaterais do sócio falecido - **Quando o sócio falecido, desprovido de ascendentes e/ou descendentes, deixar sua então companheira na condição de única sócia, esta deve ser considerada como herdeira necessária, excluindo da sucessão eventuais herdeiros facultativos (colaterais).**<sup>98</sup> (grifo nosso)

Espera-se que o legislador acate as evoluções das relações sociais, bem como as disposições constitucionais, particularmente as do artigo 226, §3º, e repare a injustiça levada a efeito contra o convivente, incluindo-o expressamente entre os herdeiros necessários sem a lastimável delonga que houve para que o cônjuge fosse alçado a essa condição.

---

<sup>97</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0066640-68.2012.8.26.0000. Rel. Des. Luiz Ambra. Julgado em: 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5982196>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

<sup>98</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0309478-13.2010.8.26.0000. Rel. Des. Beretta da Silveira. Julgado em: 03 ago. 2010, DJE 06 ago. 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4623995&v1Captcha=ffjq>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

## 5 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGRAMENTO SUCESSÓRIO DISPENSADO AO COMPANHEIRO

As inúmeras disparidades existentes entre o regramento sucessório dos cônjuges e o dos companheiros, em contraposição ao disposto no artigo 226, §3º da Constituição Federal, que reconheceu a união estável como entidade familiar, resultou numa acirrada discussão no meio jurídico quanto à constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

O presente ponto destina-se exatamente a discutir a polêmica questão da constitucionalidade da sucessão dos companheiros, nos moldes em que ela se encontra disciplinada. Com essa finalidade, inicialmente apresentaremos os princípios constitucionais relacionados ao tema, para em seguida avaliar se a Constituição realmente equiparou união estável e casamento, pois é com base nessa análise que concluiremos pela constitucionalidade ou não do artigo 1.790, CC. Finalmente, veremos os projetos de lei que atualmente tramitam no Congresso Nacional com vistas a alterar a disciplina legal da sucessão dos companheiros.

### 5.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO TEMA

Os princípios estabelecidos em nossa Carta Constitucional devem ser entendidos na acepção de “mandamentos nucleares do sistema” que, como tal, estruturam e norteiam não apenas as disposições contidas na própria Constituição, mas também todo o ordenamento jurídico vigente, posto que esta é a lei suprema do País e que todo o nosso sistema jurídico nela se apoia, tendo validade somente na medida em que se conformar com suas diretrizes.<sup>99</sup>

Durante muito tempo se discutiu se a Constituição teria força normativa ou se seria mais um documento de natureza política, um “convite à atuação dos Poderes Públicos”, na palavra de Luís Roberto Barroso. Essa discussão, contudo, há muito foi superada, tendo em vista que, diante da perspectiva pós-positivista que esteia o estudo e a interpretação do direito constitucional hodiernamente, a legalidade estrita foi posta de lado, atribuindo-se força normativa à Constituição e aos princípios nela contidos<sup>100</sup>.

Sobre o assunto, Marcelo Novelino declara que

---

<sup>99</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.45-46 e 91.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1. nov.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

É pouco sensato imaginar que o legislador constituinte, investido em tão relevante função, pudesse se dar ao trabalho de elaborar disposições ociosas, sem força cogente, de simples valor ético ou moral. Qualquer raciocínio acerca de dispositivos inseridos no texto da Constituição deve partir do pressuposto de que possuem eficácia normativa, ainda que a intensidade de sua “força conformadora imediata” seja variável.<sup>101</sup>

Assim, o estudo da constitucionalidade de qualquer dispositivo de lei passa antes, necessariamente, pelo estudo dos princípios constitucionais a ele relacionados. No caso em análise, alguns dos princípios são tomados de empréstimo do direito de família, sendo a seguir delineados.

### 5.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio ora em comento funda todo o nosso Estado Democrático de Direito, sendo por isso considerado como o princípio máximo insculpido em nossa Constituição<sup>102</sup>. Desta feita, temos que a dignidade da pessoa humana deve balizar toda e qualquer regra infraconstitucional, incluindo-se aí o regramento sucessório dos companheiros.

Em face do tratamento discriminatório dado pela lei ao tema, nossa jurisprudência já vem reconhecendo a equiparação do convivente ao cônjuge em matéria de direitos sucessórios, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, como ilustra a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cuja ementa aqui é transcrita:

CIVIL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PARTILHA DE BENS. INEXISTÊNCIA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. HARMONIZAÇÃO ENTRE AS LEIS N. 8.971/94 E N. 9.278/96. PREVALÊNCIA DO SOBREVIVENTE EM RELAÇÃO AOS COLATERAIS NA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. INEXISTE DÚVIDA ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO, MORMENTE QUANTO AOS SEUS EFEITOS, TAIS COMO A AUSÊNCIA DE TÍTULO FORMAL E O PONIBILIDADE DE EXCEÇÕES, NAS RELAÇÕES JURÍDICAS, PERANTE TERCEIROS. POR OUTRO VÉRTICE, NÃO SE PODE OLVIDAR OS PONTOS EM QUE ESSES SE IDENTIFICAM E O PRINCIPAL LAÇO QUE OS UNE: A PROTEÇÃO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR.

2. NESSE ASPECTO, NÃO SE JUSTIFICA A DISCRIMINAÇÃO ENTRE DUAS SITUAÇÕES DE MESMO EFEITO. SE A PREOCUPAÇÃO DO LEGISLADOR REPOUSA NA PROTEÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE, TANTO QUE NO ARTIGO 1.838 DO CÓDIGO CIVIL LHE GARANTE A SUCESSÃO POR INTEIRO, UMA VEZ INEXISTENTES ASCENDENTES E DESCENDENTES, NÃO SE PODE TOLERAR O CERCEAMENTO DE TAL DIREITO, DE FORMA TÃO GRAVE, AO COMPANHEIRO QUE IGUALMENTE POSSUI A BASE

<sup>101</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 192.

<sup>102</sup> TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\_princfam.doc>. Acesso em: 20 nov. 2013.

**CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO, SOB PENA DE ULTRAJAR O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..<sup>103</sup> (grifo nosso).**

No caso apresentado, o Judiciário reconheceu à companheira o direito à totalidade da herança, ainda que existissem parentes colaterais do *de cuius*, a despeito do que estabelece o artigo 1.790, III do Código Civil, dando ao tema interpretação conforme a Constituição, e reconhecendo a validade do dispositivo da lei 8.971/94 (que determina que na ausência da descendentes e de ascendentes defere-se a totalidade da herança ao convivente), em detrimento do injusto dispositivo legal da codificação civil.

A dignidade da pessoa humana é baliza inafastável orientadora, como dito, de todo o ordenamento. A discriminação do companheiro nas regras que dizem respeito à sucessão afronta, em nosso entender, o princípio em tela, por exemplo quando o convivente é colocado em concorrência com colaterais no art. 1.790, inciso III do Código Civil, bem como quando deixou de ser incluído no rol de herdeiros necessários.

#### 5.1.2 Princípio da isonomia

O texto constitucional preceitua a igualdade em diversos pontos, contudo a menção mais representativa à isonomia reside no *caput* do artigo 5º, que estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O dispositivo refere-se em dois momentos distintos à isonomia, inicialmente garantindo que as pessoas são iguais perante a lei e em seguida assegurando a inviolabilidade desse direito à igualdade. Isso demonstra a função primordial que o princípio em análise tem em nosso ordenamento jurídico. Nas palavras de José Afonso da Silva, “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia”<sup>104</sup>.

A constituição assegura tanto a igualdade formal, contida na letra da lei, como a igualdade material, aquela que deve nortear o conteúdo, a razão de ser da norma, remontando ao conceito aristotélico de igualdade que é atrelado à ideia de justiça, significando que os iguais devem ser tratados da mesma forma, e os desiguais devem ser tratados de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

---

<sup>103</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível 20070810064802, Des. Rel. Flávio Rostirola. Julgado em: 19 ago. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

<sup>104</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211.

É bem verdade que esse conceito de igualdade autoriza que a lei trate as pessoas de forma diferenciada, mas somente, como dito, na exata medida de suas desigualdades, no sentido de tratá-las de forma equânime e justa. Para tanto, deve haver uma desigualdade tal que justifique o tratamento diferenciado. Por exemplo, ao estabelecer o pagamento de astreintes, o julgador deve estar atento à situação econômica da pessoa a quem a multa diária é dirigida, a fim de que não imponha valor exorbitante a quem tem reduzida capacidade econômica, nem imponha valor ínfimo ao que goza de situação financeira invejável.

Ocorre que, no que concerne ao direito sucessório, não nos parece haver nenhuma diferença entre a figura do cônjuge e a do companheiro, capaz de justificar o tratamento desigual. Se seus deveres para com o consorte ou convivente e para com a família como um todo são os mesmos, idênticos devem ser também os seus direitos.

### 5.1.3 Princípio da afetividade

Decorre da crescente importância que tem sido dada à dignidade da pessoa humana e baliza os dois princípios a seguir expostos, quais sejam o da solidariedade familiar e o do pluralismo familiar, tendo em vista que as relações familiares têm cada vez mais se fundado no afeto, a exemplo da paternidade/filiação socioafetiva.

O mesmo afeto que leva dois indivíduos a se unirem através do vínculo matrimonial é o que conduz outras pessoas a se unirem pelo laço da união estável. Os motivos que as levam a fazer uma ou outra opção são de ordem absolutamente íntima, subjetiva, não cabendo a ninguém estranho a relação perquiri-los, e menos ainda pressupor que o vínculo de afeto entre dois companheiros seja inferior ao de dois cônjuges.

Quantas pessoas após fracassarem em seu casamento desiludem-se com o instituto e optam por reconstruir a vida com outro companheiro, mas sem formalizar a relação através do matrimônio, constituindo, dessa forma, uma união estável, e assim passam o resto de suas vidas? Normalmente há muito mais afeto, compreensão e apoio mútuo nesse segundo relacionamento do que existia na relação anterior, cujo vínculo era matrimonial. Por essa razão, não seria justo desqualificá-la simplesmente por não ter se iniciado da forma “tradicional”, atribuindo menos direitos sucessórios ao companheiro sobrevivente quando um deles falecesse.

Esse princípio justifica, ainda, o posicionamento que adotamos ao tratar da concorrência entre cônjuge separado de fato e companheiro na sucessão, ao defendermos que



ao cônjuge caberia tão somente o direito à meação do patrimônio construído até a separação de fato, devendo o direito à herança ser reconhecido somente ao companheiro.

Numa situação normal, seria pelo convivente que o *de cujus* nutriria laços de afeto e não pelo ex-cônjuge. Por que, então, permitir que este participe da sucessão se a família com ele constituída faliu no momento em que deixou de existir a *affectio*? O que conta mais para que se configure uma família, a relação de amor entre seus integrantes, ou um “papel passado em cartório”? Se observarmos o princípio da afetividade, certamente daremos primazia àquela.

#### 5.1.4 Princípio da solidariedade familiar

De acordo com Flávio Tartuce, esse princípio é corolário da inclusão da solidariedade social como objetivo da República (artigo 3º, inciso I da Constituição Federal<sup>105</sup>). Dessa forma, se o constituinte erigiu a solidariedade entre os membros do corpo social a objetivo da República, os reflexos que tal solidariedade deve irradiar no seio familiar é decorrência lógica da mesma.<sup>106</sup>

Conforme defendemos em linhas anteriores e como se depreende do artigo 226, §3º da CF, a família formada pela união estável tem o mesmo valor que aquela formada pelo casamento, merecendo, portanto a mesma tutela jurídica. Temos, pois, que a solidariedade familiar é direito e ao mesmo tempo dever dos membros da família, pouco importando o modo como ela foi constituída.

Na seara sucessória, o princípio em comento se aplica na medida em que é preocupação natural de qualquer pessoa deixar os seus familiares amparados quando de seu falecimento. A família iniciada por uma relação de união estável não é inferior, sob nenhum aspecto, àquela constituída a partir do casamento, de modo que não se exige menor solidariedade entre seus membros.

Ademais, pressupor que alguém desejaria deixar seu companheiro de jornada menos amparado, pelo fato de ter com ele uma relação de união estável, do que se com essa mesma pessoa fosse casado é, para dizer o mínimo, risível. Conclui-se, assim, que o princípio da solidariedade familiar a nortear a sucessão do cônjuge e a do companheiro é um só, afrontando-o as desigualdades de tratamento que verificamos em capítulos anteriores.

---

<sup>105</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**. (grifo nosso).

<sup>106</sup> TARTUCE, Flávio, *op. cit.* (nota 101).

### 5.1.5 Princípio do pluralismo familiar

A norma constitucional aplica-se tanto à família constituída pelo casamento quanto pela união estável, como também à família monoparental. Ou seja, a tutela e as garantias constitucionais abrigam a família enquanto instituição, não importando o seu modo de constituição. Temos mais um princípio, portanto, a afastar argumentos no sentido de conferir menos direitos a certas entidades familiares que a outras.

Maria Helena Diniz, ao tratar desse princípio, critica o Código Civil ao dizer que, apesar dele “em poucos artigos contemplar a união estável, outorgando-lhe alguns efeitos jurídicos, não contém qualquer norma disciplinadora da família monoparental, composta por um dos genitores e a prole, olvidando que 26% de brasileiros, aproximadamente, vivem nessa modalidade de entidade familiar”<sup>107</sup>.

### 5.1.6 Princípio da função social da família

A família é a unidade a partir da qual é formado cada um dos indivíduos que compõem o corpo social, razão pela qual é denominada de “célula *mater* da sociedade”. Inegável e inquestionável, portanto sua função social.

Ocorre que as famílias constituídas por união estável apresentam tanta função social quanto aquelas formadas pelo matrimônio ou pelas famílias monoparentais. Qualquer que seja a maneira pela qual seja formada a família, será em seu seio que os indivíduos construirão suas principais relações de afeto, a partir dela receberão os valores formadores de sua personalidade, construindo seu caráter, e nela buscarão o apoio necessário para se firmarem como indivíduos dentro da sociedade.

Assim, os diferentes tipos de família merecem gozar de amparo legal sem que sejam de qualquer forma, a instituição familiar ou seus membros, inferiorizados por um tratamento normativo díspar.

---

<sup>107</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

## 5.2 UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR: EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO E INCONSTITUCIONALIDADE DO REGRAMENTO SUCESSÓRIO DESIGUAL

Após infindáveis discussões acerca da natureza das relações entre homens e mulheres fora do casamento, até então denominadas de “concubinárias”, e as quais até então só eram reconhecidas pela jurisprudência enquanto sociedades de fato, a nova ordem constitucional veio, finalmente, a equiparar de forma expressa a união estável a entidade familiar, por meio do §3º de seu artigo 226, que dispõe que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A partir de então, iniciou-se outra celeuma, que perdura até a atualidade, no sentido de definir se a Constituição da República teria equiparado a união estável ao casamento ou não.

Parte considerável da doutrina e da jurisprudência entendem que não houve equiparação dos institutos por parte do constituinte. Francisco José Cahali defende que “pelo só texto constitucional” só se poderia concluir que a Constituição Federal teria identificado os dois modos de constituição familiar apenas para efeito de proteção do Estado, tendo deixado a cargo da legislação infraconstitucional estabelecer os efeitos da união estável, bem como determinar como se faria sua conversão em casamento<sup>108</sup>.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves que, usando o mesmo argumento de que se valem muitos doutrinadores, alega que o fato da Constituição Federal ter previsto a facilitação da conversão da união estável em casamento, significa que não equiparou os dois institutos. O autor arremata afirmando que “o fato de, eventualmente serem injustas [as regras sucessórias estabelecidas por leis ordinárias] não as tornam inconstitucionais”.<sup>109</sup>

Em nossa opinião, contudo, é impossível enfrentar a discussão acerca da equiparação entre união estável e casamento sem contextualizá-la com a acepção de família inaugurada pelo texto constitucional. Esse sim é o cerne da questão. Sobre o assunto, Luciano Silva Barreto afirma com perspicácia:

A partir da promulgação da Carta Magna de 1988, a célula familiar foi mais uma vez remodelada; desta vez dando ênfase aos princípios e direitos conquistados pela sociedade. Diante deste novo aspecto, o modelo de família tradicional passou a ser

---

<sup>108</sup> CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

<sup>109</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.194.

mais uma forma de constituir um núcleo familiar que, em consonância com o artigo 226, torna-se uma comunidade fundada na igualdade e no afeto. Esta nova estrutura foi propiciada pela Constituição Federal de 1988, que trouxe nova base jurídica para auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios também foram transportados para a seara do Direito de Família e a partir deles foi transformado o conceito de família, que passou a ser considerada uma união pelo amor recíproco<sup>110</sup>.

Diante disso, não há como tratar a família originada pela união estável de forma inferiorizada, como se valesse menos do que a família alicerçada no matrimônio. Não tem respaldo constitucional, portanto, qualquer tratamento normativo discriminatório direcionado ao companheiro, como ocorre na seara sucessória.

A interpretação literal do artigo 226, §3º da CF de fato indica que os institutos em comento não se equivalem, todavia, com a devida vênia às respeitáveis opiniões em contrário, tal modo interpretativo não é o mais indicado para se chegar ao real sentido; à essência, por assim dizer, de qualquer texto normativo, menos ainda do texto constitucional. Tanto é assim, que Paulo Bonavides, ao tratar o controle de constitucionalidade, defende que, apesar deste se basear na lei, deve ser na “lei assentada sobre princípios”, pois caso contrário não haverá justiça constitucional<sup>111</sup>. Esse mesmo raciocínio se aplica ao regramento sucessório que, apesar de apoiado no Código Civil, não pode se distanciar dos princípios constitucionais a ele aplicáveis.

Assim, é necessário contextualizar o texto do dispositivo ora analisado com os princípios apontados no item anterior, bem como com a nova acepção de família inaugurada pela atual Constituição. Fazendo esse cotejo, só se pode concluir pela equiparação entre o casamento e a união estável. Conferir um sentido diferente ao texto constitucional significa se render a preconceitos sociais retrógrados e desconectados da realidade contemporânea.

Entender pela equiparação da união estável ao casamento não significa admitir que os institutos se igualem e se confundem como, equivocadamente, supõem alguns juristas. Por óbvio, o casamento, sendo dotado de grande formalismo na sua constituição, confere total segurança aos consortes quanto à prova de sua existência, ao passo que a união estável, por ser constituída a partir de uma situação fática, dispensando qualquer registro formal em Tabelionato de Notas para ser reputada válida, pode gerar complicações futuras para o exercício de algum direito, na medida em que precisará ser comprovada.

---

<sup>110</sup> BARRETO, Luciano Silva, *op. cit.*, p. 211.

<sup>111</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados* [online]. 2004, vol.18, n.51, p.128. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 01 dez. 2011.

Ambos os institutos, contudo, são entidades familiares e, portanto, gozam do mesmo amparo constitucional, devendo seus membros, pois, terem garantidos os mesmos direitos também em sede infraconstitucional, em atenção aos princípios anteriormente indicados, particularmente os da dignidade humana e da isonomia, que norteiam todo o ordenamento jurídico.

Compreendendo a família originada da união estável como equivalente à formada pelo casamento, fica despido de qualquer fundamento constitucional o tratamento desigual direcionado ao companheiro no que diz respeito a seu direito à sucessão, razão pela qual sustentamos a inconstitucionalidade de todo e qualquer tratamento discriminatório na seara sucessória, quer beneficie o cônjuge, quer o companheiro.

Ao tratar do assunto, Maria Berenice Dias, defende a inconstitucionalidade dos dispositivos que tratam da sucessão na união estável, considerando que foi nesse âmbito onde ocorreu a maior das violações contra a Constituição Federal, que “impôs o reinado da igualdade e guindou a união estável à mesma situação que o casamento”.<sup>112</sup> A autora alega, ainda, afronta ao princípio da isonomia e critica o Deputado Ricardo Fiúza (relator do Projeto do Código Civil), que defendeu uma suposta superioridade do casamento sobre a união estável, quando afirmou que esta seria “instituição-meio”, ao passo que aquele seria “instituição-fim”, e finaliza:

[...] 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 [*sic*] ente casamento e união estável. Seria uma severa limitação às relações extramatrimoniais, além de 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 às uniões que merecem a proteção do Estado.<sup>113</sup>

Diante dos argumentos aqui expostos, só nos resta concluir que o regime sucessório do companheiro fere a base principiológica constitucional e, por conseguinte, a própria Constituição em si, na medida em que desigualta semelhantes, restringindo direitos de pessoas pela simples razão de não terem elas constituído família da forma tradicional.

Não se pode conceber que um Estado fundado sob os primados da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre seus indivíduos, cuja Constituição reconhece o pluralismo familiar e defende que é o afeto o fundamento da construção de uma família, tolere

---

<sup>112</sup> DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*

<sup>113</sup> *Idem, ibidem.*

a desigualdade de tratamento que atualmente existe entre a sucessão do companheiro e a do cônjuge.

Se o legislador não se despiu de preconceitos sociais que existiam à época da tramitação do Código Civil (que, diga-se de passagem, arrastou-se por décadas) contra a figura do companheiro, não é aceitável que o Judiciário continue a encarar o tema sucessório de forma preconceituosa e legalista, pondo de lado princípios fundamentais de nossa Constituição, como infelizmente tem acontecido com frequência maior que a desejada.

É bem verdade que a jurisprudência tem experimentado alguns avanços em relação à matéria, mas, ao nosso ver, já passou da hora do Supremo Tribunal Federal se pronunciar acerca do assunto. O ideal, contudo, é que o Legislativo repare os equívocos cometidos quando da aprovação do texto do Código Civil, reformando-o para igualar os direitos sucessórios do cônjuges e dos companheiros e revogando de uma vez por todas o artigo 1.790. Como veremos a seguir, há esperança de que isso aconteça.

### 5.3 A BUSCA PELO SANEAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE: PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

A análise aqui proposta não tem a pretensão, de forma alguma, de esgotar o tema das proposições de alteração do regramento sucessório no Código Civil, tampouco de discutir a fundo cada um dos projetos de lei, o que certamente extrapolaria os limites do presente trabalho.

Nossa intenção aqui é simplesmente a de consignar os projetos de lei (PL) que se encontram atualmente em trâmite no Poder Legislativo, propondo alterações na regulamentação sucessória de companheiros e cônjuges de modo a uniformizá-la, a fim de mostrar quais especificamente são as mudanças sugeridas no que diz respeito ao direito sucessório dos companheiros e fazer uma breve análise de cada um deles.

#### 5.3.1 PL nº 508/2007

O projeto de lei em comento (cujo inteiro teor pode ser consultado no anexo III) sugere modificações nos artigos 544, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 e 2003, todos do CC, bem como a revogação do art. 1.790 do mesmo diploma legal. Os artigos

544 e 2003 não serão abordados, por não se referirem de forma específica à sucessão do cônjuge ou do companheiro.

Resumidamente, o PL sugere que, nos artigos 1.829, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838, 1.839 seja incluída ao lado da palavra cônjuge a expressão “ou companheiro”, dando, assim, tratamento indistinto a ambos, de forma muito mais justa e consoante os princípios constitucionais que a atual.

Outra alteração que merece aplausos é a que se propõe para o artigo 1.830, que trata da sucessão para cônjuges que se encontram separados “judicialmente” ou de fato. Neste caso, a redação atual condiciona a exclusão do cônjuge da sucessão à separação por no mínimo dois anos, bem como vincula o direito sucessório do sobrevivente à prova de ausência de culpa sua na separação. O projeto de lei propõe para o dispositivo uma redação na qual se suprime a expressão “separação judicial”, inexistente em nosso ordenamento após a EC nº 66/2010, bem como desvincula a exclusão do cônjuge separado de fato da existência de culpa ou do decurso de qualquer lapso temporal entre a separação e a morte.

Andou mal, contudo, ao excluir do rol de herdeiros necessários o cônjuge, retornando à situação que existia quando da vigência do Código de 1916, que injustamente só considerava descendentes e ascendentes como herdeiros necessários. Melhor seria se tivesse simplesmente incluído o companheiro ao rol vigente.

### 5.3.2 PL nº 674/2007

Por meio do mesmo, busca-se a regulamentação do artigo 226 §3º da Constituição Federal, determinando regras aplicáveis à união de fato de forma generalizada, incluindo três artigos a respeito do direito sucessório do companheiro, um de caráter processual, e dois de direito material (consultar íntegra do PL no anexo IV). Num, alça o mesmo a herdeiro necessário e equipara seus direitos aos do cônjuge, e noutro lhe confere direito de usufruto sobre o imóvel em que reside a família.

O projeto de lei ora abordado tem o mérito de classificar o companheiro como herdeiro necessário, bem como de equipará-lo ao cônjuge para efeitos sucessórios. Por outro lado, ao equiparar o companheiro ao cônjuge, inclui a expressão “no que couber”, sem disciplinar o assunto de forma específica, além de não sugerir a revogação expressa nem a alteração de nenhum dispositivo do Código Civil que verse sobre o assunto. Parece, portanto, não ter tratado a temática sucessória da forma mais adequada, já que se a lei proposta for aprovada, suas disposições coexistirão com as do Código Civil da forma como este se

encontra, certamente levantando muitas dúvidas acerca de quais regras valerão para a sucessão dos companheiros.

Além disso, institui o “direito de usufruto” do imóvel residencial para o companheiro sobrevivente, criando uma disparidade entre a sucessão deste e a do cônjuge, que passa a ficar em desvantagem, pois o direito real de habitação ao qual faz jus parece ter natureza mais limitada que o direito de usufruto aqui proposto.

Isso porque o direito real de habitação exige que o imóvel seja o único da família a inventariar, bem como pressupõe a utilização somente para moradia pelo cônjuge supérstite. O direito de usufruto instituído no PL em estudo, por sua vez, não exige que haja um único imóvel, bem como parece ter índole mais abrangente, já que o direito de usufruto permite ao usufrutuário, por exemplo, arrendar o bem imóvel e perceber os frutos.

### 5.3.3 PL nº 699/2011

O projeto de lei em análise propõe alterações em uma infinidade de artigos do Código Civil, com vistas a “complementá-los”, segundo consta da justificção do mesmo. Só interessa para nosso estudo, entretanto, a reforma prevista para o artigo 1.790 (por essa razão, a fim de não avolumar desnecessariamente este trabalho, será a ele apensado – Anexo V – apenas o texto do PL que trata do nosso objeto de estudo).

O legislador andou bem ao estabelecer regra única para a concorrência do companheiro com descendentes, quer sejam eles exclusivos do *de cujus*, quer sejam comuns a ele e ao convivente supérstite, atrelando-a, porém ao regime de bens da união, mas de forma bastante próxima à prevista para o cônjuge.

Ao tratar da concorrência com os ascendentes, contudo, estabeleceu regra mais benéfica para o companheiro do que aquela aplicável ao cônjuge, tendo em vista que deferiu ao mesmo metade da herança, independentemente dos ascendentes serem de primeiro grau ou não. Deixou, portanto, o cônjuge em injusta desvantagem.

Outra alteração proposta digna de aplausos foi a supressão da concorrência entre companheiro e parentes colaterais, ao determinar que na ausência de descendentes e ascendentes, o convivente herda a totalidade da herança.

O projeto de lei propõe, ainda, a criação de um parágrafo único, onde se reconhece de forma expressa o direito real de habitação ao convivente.

Sem dúvida as alterações sugeridas pelo PL nº 699/2011 representam alguns avanços para o direito à sucessão daqueles que vivem em união estável, contudo não são eliminadas as



desigualdades em relação à sucessão dos cônjuges, tendo sido o assunto tratado apenas de forma superficial.

#### 5.3.4 PL nº 4.908/2012

O projeto de lei nº 4.908/2012 (anexo VI) tem sua origem na tese de doutoramento de Inacio Carvalho Neto, sob orientação de Giselda Maria Novaes Hironaka e é, talvez por essa razão, aquele que trata o tema da forma mais aprofundada dentre os projetos que atualmente tramitam no Congresso Nacional. Sugere uma profunda reforma no regramento da sucessão do companheiro, propondo ainda outras alterações louváveis em relação às regras que envolvem também cônjuges.

Os artigos do Código Civil objeto de alteração são os seguintes: 1.829 a 1.832, 1.836 a 1.839, 1.845 e 1.846. O projeto de lei propõe também a revogação do artigo 1.790 do referido diploma legal, como consequência inevitável das modificações sugeridas.

De acordo com as alterações propostas por esse projeto de lei, o companheiro é incluído na sucessão legítima em idênticos termos em relação ao cônjuge, passando a fazer parte, inclusive, do rol de herdeiros necessários. A ele são reconhecidos direito real de habitação e reserva da quarta parte de forma indistinta à do cônjuge. Enfim, confere-se ao companheiro regramento sucessório equânime àquele do cônjuge, pelo simples acréscimo da expressão “ou companheiro” ao lado da palavra “cônjuge” nos dispositivos acima indicados.

Não bastasse a referida equiparação, atendendo aos ditames da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o legislador propõe outras alterações significativas. A primeira delas corresponde à reforma no *caput* do art. 1.830, nos mesmos termos da que foi proposta no PL nº 508/2007, tratado em linhas anteriores. Aqui o legislador foi além, contudo, ao incluir três parágrafos que afastam da sucessão também, respectivamente, (a) o companheiro após dissolvida a união estável; (b) o cônjuge que tenha se casado com o *de cujus* em seus últimos trinta dias de vida, quando ele já se encontrava doente, exceto quando o casamento tenha se dado apenas para regularizar situação de fato pré-existente, e (c) o companheiro que tenha iniciado a união com o autor da herança em seus últimos trinta dias de vida, quando já se encontrava gravemente enfermo. A nosso ver, essa redação coloca cônjuge e companheiro em situação de igualdade e previne condutas espúrias e oportunistas.

Quanto ao direito real de habitação, são acrescentados dois parágrafos ao artigo 1.831. O primeiro deles assegura o direito nos casos em que, mesmo deixando o extinto mais de um

bem imóvel, após o pagamento de suas dívidas só restar um deles. O segundo parágrafo estende o referido direito à posse dos bens móveis que guarnecem a residência.

Outra inovação interessante proposta pelo PL em análise é a elevação da legítima de cinquenta para setenta e cinco por cento da herança, sempre que o *de cujus* deixe três ou mais herdeiros necessários (lembrando que por este projeto de lei cônjuge e companheiro o são). Nesse caso, portanto apenas um quarto dos bens ficaria livre para integrar testamento.

De todos os projetos de lei tratados, esse sem dúvida é o que aborda a matéria da sucessão do cônjuge e do companheiro de forma mais adequada, posto que os trata de forma igualitária, não discriminatória.

## 6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal inaugurou um modelo de família fundamentado no afeto e, como decorrência disso, admitiu o pluralismo familiar, albergando em seu seio não só as famílias constituídas pelo casamento, como também as famílias iniciadas a partir da união estável e as famílias monoparentais.

A disciplina do direito sucessório inaugurada pelo Código Civil de 2002 representou uma série de avanços no que diz respeito aos cônjuges. Melhorou também, sem dúvida, alguns aspectos da sucessão dos companheiros, que passaram, por exemplo, a ter direito à sucessão quando em concorrência com os descendentes e com os ascendentes.

Contudo, a regulamentação da sucessão dos companheiros pelo referido diploma legal deixou muito a desejar, tendo em vista que lhes conferiu menos direitos que aos cônjuges, em nítido descompasso com os mandamentos constitucionais de isonomia e de equiparação da união estável ao casamento.

Não bastasse isso, também houve retrocessos em relação a direitos que já haviam sido assegurados aos companheiros pela legislação esparsa, como o direito de herdar a totalidade do patrimônio do *de cuius* quando este não deixasse descendentes nem ascendentes, e o direito real de habitação sobre o imóvel de residência da família. O Código Civil colocou os conviventes em concorrência com herdeiros colaterais e não previu o direito real de habitação para os mesmos, de modo que a observância das regras anteriores, mais benéficas, passou a depender da interpretação dos magistrados acerca do assunto.

As muitas disparidades das regras sucessórias acabam por gerar situações em que frequentemente o cônjuge é privilegiado, apesar de em situações muito raras o companheiro acabar tendo vantagens, como quando a maioria dos bens é adquirido de forma onerosa durante a união estável, posto que ele tem direito, além da meação, à herança sobre esses bens, ao passo que, se fosse casado, só teria direito à sucessão sobre os bens que não tivessem sido objeto da meação, conforme entendimento ainda majoritário.

É possível, contudo, que a jurisprudência passe a adotar a interpretação de Maria Berenice Dias, segundo a qual, quando o regime for o da comunhão parcial de bens, o cônjuge deve ter direito sucessório somente sobre os bens comuns do casal, após recentes decisões da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. Se essa tendência se confirmar, isso resultará numa aproximação entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro, tendo em vista que ambos herdarão seus quinhões sobre os bens adquiridos onerosamente durante o casamento ou união estável.

No que se refere aos aspectos mais controvertidos da sucessão de cônjuges e de companheiros, tratados no item quatro do nosso trabalho, consideramos, quanto aos bens passíveis de sucessão, que o quinhão do cônjuge deve considerar a totalidade da herança e não apenas os bens sobre os quais não teve direito à meação, tendo em vista que esta e herança não se confundem.

Com relação aos companheiros, o mais justo também seria que os mesmos herdassem sobre o total do patrimônio deixado em herança e não apenas aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. Conseqüentemente, na falta de parentes sucessíveis, não há que se discutir acerca da destinação dos bens não adquiridos onerosamente na união estável. Obviamente esses bens devem ser herdados pelo companheiro e não serem arrecadados pelo Poder Público como herança jacente/vacante.

Quanto às regras sucessórias quando da concorrência do companheiro com descendentes, entendemos que a disciplina deveria ser única, independentemente dos herdeiros serem exclusivos do *de cujus*, comuns a ele e seu companheiro, ou ainda para os casos, cada vez mais comuns, de filiação híbrida. O mais justo seria que todos herdassem por cabeça, assim como ocorreria se autor da herança e convivente fossem casados.

Nos casos em que o autor da herança havia se separado de fato em casamento anterior, vindo depois a contrair união estável na qual permaneceu até a época do falecimento, compreendemos não assistir ao ex-cônjuge direito à sucessão, mas tão somente à meação dos bens adquiridos até a separação de fato, de acordo com o regime de bens pelo qual eram casados. Diante da atual concepção de família fundada no afeto, o direito à sucessão deve ser deferido somente ao convivente, que era quem na realidade constituía família com o falecido, já que não mais existia comunhão de vida com o cônjuge, ao qual este se encontrava ligado por vínculo meramente formal.

No que concerne ao direito real de habitação do companheiro, apesar do silêncio do Código Civil sobre o assunto, deve ele ser reconhecido com base na lei nº 9.278/96, posto que o direito codificado nada dispôs em sentido contrário, bem como por exigência de tratamento igualitário entre cônjuges e companheiros fundada nos princípios constitucionais já tratados.

Por fim, os conviventes deveriam, tal qual o foram os cônjuges, ser alçados à categoria de herdeiros necessários, pois se a intenção do legislador, ao estabelecer que determinadas pessoas não possam ser excluídas da sucessão, se fundamenta nos laços de amor e, por conseguinte, na maior proximidade que une uma pessoa a seus filhos, pais e cônjuge, a este equivale o companheiro, não se justificando o tratamento desigual. Certamente o fato de um casal viver em união estável não torna o afeto existente entre o par menor do que se eles

fossem casados. Ademais, a família formada pela união estável tem tanta legitimidade quanto a constituída pelo matrimônio.

A Constituição da República, além de prever expressamente que a união estável é entidade familiar em seu art. 226, §3º, traz em seu bojo uma série de princípios que impõem o reconhecimento de que a família formada pela união estável é tão merecedora de direitos e garantias quanto qualquer outra formação familiar.

Assim, um regramento igualitário para cônjuges e companheiros na seara sucessória, mais do que atender aos ditames da justiça, consiste em imperativo constitucional, razão pela qual a atual disciplina do assunto ofende a Carta Maior, sendo, pois, inconstitucional.

Impõe-se com a maior urgência a reforma do Código Civil, no sentido de igualar direitos sucessórios de cônjuges e companheiros. Dentre os projetos de lei que atualmente tramitam no Poder Legislativo, o que disciplina a matéria de forma mais completa e equânime é o PL nº 4.908/2012 da Câmara dos Deputados.

Enquanto o Legislativo não resolve o problema de forma definitiva, cabe ao Judiciário reconhecer a inconstitucionalidade das normas discriminatórias vigentes, conferindo direitos sucessórios igualitários a cônjuges e companheiros com amparo na Constituição.

## REFERÊNCIAS

- AVELAR, Karen Hellen Esteves. Análise sistemática da sucessão do cônjuge e o do companheiro na perspectiva civil-constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16(/revista/edições/2011), n. 2941. Publicada em 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19594>>. Acesso em: 24 ago. 2013.
- BARRETO, Luciano Silva. Evolução Histórica e Legislativa da Família. In: ARAÚJO, Irapuã (Ed.). *10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 205-214. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil\\_205.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 30 jan. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). Estud. av. [online]. 2004, vol.18, n.51, p. 127-150. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-0142004000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-0142004000200007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 01 dez. 2011.
- BRASIL. Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 508/2007*. Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável. Brasília, DF, 20 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345372>>. Acesso em: 24 jan. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 674/2007*. Estabelece o estado civil das pessoas em união estável como o de consorte. Regulamenta o art. 226, § 3º da Constituição Federal, união estável, institui o divórcio de fato. Brasília, DF, 10 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em: 24 jan. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 699/2011*. Estabelece o estado civil das pessoas em união estável como o de consorte. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 15 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em: 24 jan. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.908/2012*. Dá nova redação aos arts. 544, 1.561, 1.723, 1.789, 1.797, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845, 1.846 e 2.003 da Lei nº 10.460, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", e ao art. 990 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que "Institui o Código de Processo Civil", acrescenta e revoga dispositivos e dá outras providências..

Brasília, DF, 09 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564125>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 set. 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 mai. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Direito de Família e Direitos Humanos*. São Paulo: CL Edijur, 2012.

CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil. *Revista Jurídica da Unifil*. Ano I, nº 1. 2004. p.105-117. Disponível em: <[http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica\\_01-9.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-9.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2013.

CASSETTARI, Christiano. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. Orientação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: RT, 2008, p. 104.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados aprovados da I, II, III, IV e V Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 28 dez.2013.

DIAS, Maria Berenice. *A União Estável*, p. 3. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_a\\_uni%E3o\\_est%E1vel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni%E3o_est%E1vel.pdf)>. Acesso em 06 jan. 2014.

- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v. 6. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. direito de família*. v. 5. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v. 7. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil, parte especial: do direito das sucessões*. v. 20, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do Companheiro e do Cônjuge, na Sucessão dos Descendentes. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Aurélio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. v. 6. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. Concorrência do cônjuge. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 974241/DF, 4ª Turma. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Conv. TJ/AP). Julgado em: 07 jun. 2011. Disponível em:



<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=974241&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1377084/MG, 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 08 out. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20131008&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=324>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1220830/PR, 3ª Turma. Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgado em: 19 jun. 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=O+direito+real+de+habita%E7%E3o%2C+assegurado%2C+devido+%E0+uni%E3o+est%E1vel%2C+ao+c%F4njuge+sobrevivente&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=O+direito+real+de+habita%E7%E3o%2C+assegurado%2C+devido+%E0+uni%E3o+est%E1vel%2C+ao+c%F4njuge+sobrevivente&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 11 jan. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1156744/MG. Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma. Julgado em: 09 out. 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=1156744&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1156744&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15(/revista/edicoes/2010), n. 2681 (/revista/edicoes/2010/11/3), 3 (/revista/edicoes/2010/11/3) nov. (/revista/edicoes/2010/11) 2010 (/revista/edicoes/2010) .Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17751>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce\\_princfam.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível 20060810079595. Rel. Desa. ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO. Julgado em: 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Agravo de Instrumento 20100020127147. Des. Rel. Sérgio Rocha. Julgado em: 20 out. 2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível 20070810064802, Des. Rel. Flávio Rostirola. Julgado em: 19 ago. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento 1.0024.12.028476-5/002. Rel. Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Julgado em: 09 mai. 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.028476-5%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação cível 1.0534.09.014315-5/001. Rel. Des. Armando Freire, Revisor Des. Alberto Vilas Boas. Julgado em: 01 out. 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0534.09.014315-5/001&pesquisaNumeroCNJ= Pesquisar&>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação cível 1.0024.04.463851-8/001. Rel. Des. Nepomuceno Silva. Julgado em: 06 dez. 2007. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.463851-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. Apelação Cível 00.2009.008.650-1/001, Rel. Des. José Ricardo Porto. Julgado em: 23 fev. 2012. Disponível em: <[www.tjpb.jus.br](http://www.tjpb.jus.br)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível 70024804015. Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 13 ago. 2009, DJE 04 set. 2009. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70024804015&num\\_processo=70024804015&codEmenta=3098090&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70024804015&num_processo=70024804015&codEmenta=3098090&temIntTeor=true)>. Acesso em: 06 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível 70021968433. Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 06 dez. 2007. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&intervalo\\_movimentacao=0&N1\\_var2=1&id\\_comarca1=700&num\\_processo\\_mask=70021968433&num\\_processo=70021968433&numCNJ=N&id\\_comarca2=700&uf\\_oab=RS&num\\_oab=&N1\\_var2\\_1=1&intervalo\\_movimentacao\\_1=15&N1\\_var=&id\\_comarca3=700&nome\\_parte=&tipo\\_pesq=F&N1\\_var2\\_2=1](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70021968433&num_processo=70021968433&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1)>. Acesso em: 06 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0309478-13.2010.8.26.0000. Rel. Des. Beretta da Silveira. Julgado em: 03 ago. 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4623995&v1Captcha=ffqjq>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0156697-98.2013.8.26.0000. Rel. Des. Ferreira da Cruz. Julgado em: 24 out. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7131370>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0066640-68.2012.8.26.0000. Rel. Des. Luiz Ambra. Julgado em: 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5982196>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0157945-36.2012.8.26.0000. Rel. Des. Fortes Barbosa. Julgado em: 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6474746>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento 0584138-91.2010.8.26.0000. Rel. Des. Antonio Vilenilson. Julgado em: 26 fev. 2013. Disponível em: <[http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6863857&vl\\_Captcha=ffsjw](http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6863857&vl_Captcha=ffsjw)>. Acesso em: 17 jan. 2014.

TUSA, Gabriele. Sucessão do Companheiro: Concorrência com Descendentes Comuns e Exclusivos do Autor da Herança. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

**ANEXO I – Tabela comparativa entre os diferentes posicionamentos doutrinários acerca da sucessão no casamento e na união estável**

(Autoria: Francisco José Cahali; Atualização: Giselda Hironaka *et al.* In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil, parte especial: do direito das sucessões*. v. 20, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 228-229.)

**Direito sucessório no Novo Código Civil: casamento e união estável — Por Francisco José Cahali — Colaboração: Christiano Cassettari, Eduardo Avian e Elisa Messias Paulucci**

AUTORES	União Estável				Casamento		
	Concorrência com Filiação Híbrida	Concorrência com o Poder Público	Direito Real de Habitação	Companheiro como Herdeiro Necessário	Concorrência com Netos Comuns	No regime da Comunhão Parcial, o cônjuge herda:	Filiação Híbrida — Cônjuge
Caio Mário da Silva Pereira	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Não		Sim	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC		Sem reserva de 1/4
Christiano Cassettari	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Eduardo de Oliveira Leite		Não		Não		Somente bens particulares	
Flávio Tartuce	Aplica-se o art. 1.790, II, do NCC	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Francisco José Cahali	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Sim	Não	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	A norma contém defeito intransponível, trazendo uma previsão inviável e outra que comporta dupla interpretação. Necessária, com urgência, modificação legislativa	Com reserva de 1/4
Guilherme Calmon Nogueira da Gama	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Bens particulares e comuns	Sem reserva de 1/4
Gustavo René Nicolau	Aplica-se o art. 1.790, II, do NCC	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Inacio de Carvalho Neto	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Sim	Não	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Bens particulares e comuns	Sem reserva de 1/4
Jorge Shiguemitsu Fujita	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4

José Fernando Simão	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Somente bens particulares	Com reserva de 1/4
Luiz Paulo Vieira de Carvalho	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Não	Sim	Sim	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Bens particulares e comuns	Sem reserva de 1/4
Maria Berenice Dias	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Não	Sim	Sim	Aplica-se a regra do art. 1.790, III, do NCC	Somente bens comuns	Sem reserva de 1/4
Maria Helena Diniz	Aplica-se o art. 1.790, II, do NCC	Não	Sim			Bens particulares e comuns	Sem reserva de 1/4
Maria Helena Marques Bracero Daneluzzi	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Sim	Sim	Não		Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Mário Delgado	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Sim	Não	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Mário Roberto Carvalho de Faria	Outro (art. 1.790, III, do NCC)	Não			Aplica-se a regra do art. 1.790, III, do NCC	Bens particulares e comuns	Sem reserva de 1/4
Rodrigo da Cunha Pereira	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Sim	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Rolf Madaleno	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Sebastião Amorim & Euclides de Oliveira	Aplica-se o art. 1.790, II, do NCC	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4
Sílvio de Salvo Venosa	Aplica-se o art. 1.790, I, do NCC	Não	Sim	Não			Com reserva de 1/4
Zeno Veloso	Aplica-se o art. 1.790, II, do NCC	Sim	Sim	Não		Somente bens particulares	Sem reserva de 1/4

# ANEXO II – Proposta de Gabriele Tusa para cálculo do quinhão hereditário do companheiro em caso de existência de filiação híbrida

(In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 71-76.)

## Sucessão do Companheiro: Concorrência com Descendentes Comuns e Exclusivos do Autor da Herança

Gabriele Tusa\*

### NOTA INTRODUTÓRIA

O presente artigo buscou refletir, ao tempo do início das controvérsias surgidas no âmbito da doutrina nacional acerca da concorrência sucessória na união estável, posicionamento que se encontraria em consonância com o intuito último do legislador ao elaborar o controverso dispositivo 1.790, ao menos no entendimento de seu autor.

Tal entendimento encontrou posições favoráveis e contrárias, tendo sido apontado em algumas das melhores e mais completas obras a respeito do assunto<sup>1</sup>. Todavia, em que pesem as abalizadas opiniões em contrário, prossegue-se entendendo que a tutela legislativa que o legislador buscou imprimir por meio do combatido dispositivo

\* Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP; Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade Getúlio Vargas (GV-LAW); Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito – EPD; Diretor da Câmara de Comércio Brasil-Itália; Advogado em São Paulo.

<sup>1</sup> De entre outros apreciadores do tema, a posição defendida pelo autor foi apontada, com rara precisão, pelos seguintes expoentes do direito civil nacional: HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novais. *Direito das Sucessões: sucessão em geral e sucessão legítima – comentários ao novo Código Civil*. AZEVEDO, Antonio [Junqueira (Coord.)]. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil/Brasil: Direito das Sucessões*. 23. ed. Saraiva, 2009. v. 6; OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem de sucessão*. Saraiva, 2005; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. RT, 2008; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: sete concursos públicos – Direito das Sucessões*. 2. ed. Método, 2006. v. 6.

de lei, atenda ao quanto se buscou demonstrar neste artigo, que ora se oferece para sucinta reflexão.

A questão cinge-se à tentativa de equalizar a suposta controvérsia que se encontra no art. 1.790 do Código Civil, o qual confere ao companheiro sobrevivente cotas distintas nas hipóteses de estar concorrendo à herança do companheiro falecido com descendentes comuns (situação em que receberia cota equivalente à dos concorrentes) ou com descendentes exclusivos do autor da herança (cota equivalente à metade daquela dos mesmos concorrentes).

Tendo em vista que o legislador não cuidou da hipótese de filiação híbrida, haveria, então, uma lacuna do ordenamento para casos desta natureza? A resposta a este questionamento e a proposta de possível solução são os objetos centrais da reflexão que se passa a expor.

#### I – SOLUÇÃO PROPOSTA NA PRESENTE ANÁLISE, OBJETO DE INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONCERNENTES AO TEMA

Em vista da inexpressividade legislativa a respeito da filiação híbrida, faz-se necessária a solução do problema com suporte nos elementos interpretativos à disposição. A rigor, de início, caberia cogitar, única e exclusivamente de analogia, utilização de princípios gerais ou outras conhecidas fontes hermenêuticas. Ocorre que, no caso, a situação é sutilmente diversa e, como aqui se propõe, viabiliza enfoque sutilmente diverso daquele até agora empregado na solução da questão.

Observe-se o que costuma acontecer em casos de omissão legislativa. O que ocorre normalmente é a previsão normativa (norma 1) para a situação hipotética A. Assim, se não há norma para a situação B, por analogia poder-se-ia empregar, direta, indireta ou proporcionalmente a norma A, no intuito de superar a lacuna e decidir sobre o caso concreto.

O mesmo ocorre no caso, por exemplo, em que se observe situação dúplice. Assim, existe previsão (norma 1) para a situação A. Ao mesmo tempo, existe previsão (norma 2) para a situação B, mas não há previsão para a situação C, o que exige o emprego analógico.

Acontece que esta não é a hipótese em debate, pois não há nenhuma situação C a ser enfrentada. Afinal, a lacuna não se presta para uma terceira modalidade de descendentes não prevista anteriormente. A omissão se faz presente quanto a ambas as modalidades conhecidas e já abordadas, só que não simultaneamente. Em outras palavras, não é que não exista previsão normativa para a situação C, mas, diversamente, não há previsão normativa (ou entende-se não haver) para a situação A + B, ou seja, para ambas as hipóteses já previstas, só que conjuntamente.

Ora, se esta for a hipótese, e é o que se defende nesta oportunidade, então não se trata de lacuna sobre situação inédita, mas sobre eventos combinados e já conhecidos, o que exige do intérprete tarefa diversa do mero emprego da analogia, eis que se trata de verificar se é possível empregar, simultaneamente, os dois comandos legais, quando estes se verificam no mesmo caso concreto.

Sem dúvida, a lacuna existe e, para aclarar a situação, melhor seria ter à disposição o dispositivo adequado no sentido de solucionar a controvérsia. Como tal não ocorreu, é preciso adaptar as hipóteses aos dispositivos à disposição. Para o desenvolvimento desta tarefa, o que se sugere é a utilização do juízo por equidade na falta de norma positiva. Observe-se, a respeito, o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“O direito é esforço constante de dar a cada um o que é seu; quem exercita o próprio direito não prejudica ninguém. (...) De um ponto de vista zetético, isso nos conduz, por fim, à equidade. Fala-se aqui no sentimento justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justa enquanto igualdade proporcional. O intérprete deve, porém, sempre buscar uma racionalização dessa intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade.”<sup>2</sup>

Sempre se atendendo à premissa de cunho interpretativo já apontada, propõe-se o emprego simultâneo de normas como solução da controvérsia jurídica alarmada. Assim, acredita-se, melhor solução seria no sentido de atender aos dois incisos do art. 1.790, ao mesmo tempo, o que só é possível através do critério da proporcionalidade. Assim, havendo, por exemplo, três filhos comuns e dois apenas do autor da herança, a companheira não receberá nem igual (inciso I), nem metade (inciso II). Ou, em outras palavras, não receberá (em termos de quinhão) nem um, nem meio, mas um coeficiente que quantifique, justamente, a proporcionalidade entre as duas qualidades, condicionadas pela quantidade de filhos de cada modalidade. No nosso exemplo, a companheira receberia, em relação aos comuns (que são três) igual quinhão. Em relação aos unilaterais (que são dois), metade do quinhão. Logo, como se calcula o coeficiente do seu quinhão?  $3 \times 1 + 2 \times \frac{1}{2} / 5 = 4/5$  (ou seja, 0,8).

3 x 1 equivale a três filhos comuns vezes um quinhão ideal

2 x 1/2 equivale a dois filhos unilaterais vezes meio quinhão ideal

5 é o número total de co-herdeiros da companheira

<sup>2</sup> FERRAZ, Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.

0,8 é o coeficiente final, ou seja, a companheira receberá o equivalente a 0,8 (oitenta por cento) do quinhão dos demais co-herdeiros.

Desta forma, usando o conceito de média ponderada, encontra-se, proporcionalmente, a forma de atender aos dois incisos simultaneamente, de acordo com a quantidade de descendentes que se apresentem em cada modalidade, e como encontrar o valor de cada quinhão, posto que são todos iguais, exceto o da companheira?

Simples: são seis herdeiros, e um diferenciado. Logo, sendo X o quinhão:

$$5X + 0,8X = 100\%$$

$$\text{assim, } X = 17,24\%$$

Enfim, cada filho recebe 17,24% e, nesse caso, a companheira recebe 13, 79%.

Perceba-se que tais indicadores mudariam em cada caso concreto, bastando alterar o número de co-herdeiros enquadrados numa ou noutra modalidade. Desta forma, havendo, por absurdo, vinte filhos comuns e apenas um unilateral, não se aplicaria exclusiva e automaticamente o inciso II, coisa que, intuitivamente, percebe-se não atender à previsão legislativa. Seguindo-se este método, a incidência da aplicação do inciso II não seria tão drástica, se submetida à proporcionalidade de que se cogita, na qual se preservaria, com força vinte vezes maior, a aplicação do inciso I, aplicando-se a média ponderada.

O mesmo critério poderia, em tese, ser aplicado ao cônjuge herdeiro, no tocante à exigência do mínimo de um quarto do montante total de seus próprios descendentes (cf. art. 1.832 do CC). Para tanto, é indispensável se partir da premissa de que todos os filhos, comuns ou exclusivos, receberão, necessariamente, quinhões iguais. Assim, duas seriam as correntes de pensamento e as consequentes hipóteses aplicáveis:

a) manutenção do dispositivo mencionado em detrimento dos descendentes híbridos: assim, se reduziria proporcionalmente o quinhão de todos os descendentes, até que o do cônjuge herdeiro alcançasse o equivalente a um quarto do montante total de seus próprios descendentes;

b) supressão do dispositivo mencionado: simplesmente, o artigo em análise não se aplicaria, beneficiando os descendentes exclusivos (ou todos, em última análise) sem beneficiar o cônjuge sobrevivente herdeiro.

Não há dúvida que, mesmo nesta hipótese, a lacuna existiu, pois o esclarecimento seria indispensável. Mas é igualmente possível, como se demonstrou, enfrentar o problema servindo-se dos instrumentos hermenêuticos adequados, com destaque para o emprego do princípio da equidade.

## CONCLUSÃO

Explanados todos os posicionamentos e respectivas críticas a respeito da incidência de descendentes híbridos tornando dubitável a aplicação das normas de direito sucessório, nota-se que, indubitavelmente, a lacuna existe. Para que esta seja suprida, é preciso atender, na medida do possível, as demais disposições que versam sobre a matéria. Para alcançar tal mister, acredita-se que a proposta mais adequada, ou seja, a que melhor atende aos preceitos legais existentes, é a que emprega a média ponderada, como adrede exposto.

Não se trata de criar sobre o disposto pela norma, mas de compreender a real aspiração legislativa e, para tanto, ter-se como paradigma, sempre, os princípios basilares de aplicação do direito. Recorde-se: a rigor, a lei não foi omissa quanto a hipóteses concretas desconhecidas, mas somente quanto à forma de serem abordadas simultaneamente hipóteses já disciplinadas, que é o que se buscou fazer nesta oportunidade.

Não bastaria cerrar os olhos à diferença proposta pela lei quanto ao tratamento sucessório conferido ao companheiro diante da existência de filiação comum ou de filiação exclusiva. Não seria legalmente correto ampliar-se a norma sendo que seu dispositivo contíguo limita expressamente tal ampliação. Solução juridicamente adequada é analisar-se de modo completo o arcabouço de normas, cuidando-se para que a interpretação atingida não afronte nenhum outro dispositivo da lei.

Logo, não se pode conferir ao companheiro quota maior ou menor do que aquela que a lei lhe incumbiu; deve-se, portanto, ponderar-se aritmeticamente um quinhão equilibrado entre os limites propostos pela lei, definindo-se a situação até então juridicamente obscura, sem, no entanto, deixar ao abandono os princípios norteadores do ordenamento jurídico. É o que se buscou demonstrar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARO, Lara Marina Zanella Martínez. A sucessão do cônjuge no novo Código Civil. Retirado do site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.uufsm.br/direito/artigos/civil/sucessao-conjuge-hum>>. Acesso em: 12 ago. 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERRAZ, Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Co-

ord.), Belo Horizonte: Del Rey, 2004. (Trabalhos apresentados no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte, de 24 a 27 de setembro de 2003)

\_\_\_\_\_. *Direito das Sucessões*, sucessão em geral e sucessão legítima – comentários ao novo Código Civil. AZEVEDO, Antonio Junqueira (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 20.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Justificativa do Projeto de Lei n. 4.944/2005, do Sr. Antônio Carlos Biscaini.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem de sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Concorrência da cônjuge e do companheiro na sucessão dos decedentes*. Entrevista ao Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), publicado no Boletim IBDFAM n. 11, jul./ago. 2004.

SILVA, Fernanda Presgrave da. *Direito sucessório dos companheiros*. Retirado do *site* DireitoNet. São Paulo, 18 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/16/94/1694/>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Série concursos públicos – Direito das Sucessões. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. v. 6.



## ANEXO III – Projeto de Lei nº 508/2007

*Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.*

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**Art. 1º.** Esta Lei modifica disposições do Código Civil sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

**Art. 2º** Os arts. 544, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 e 2003 da Lei 10.406- Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

*"Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes importa adiantamento do que lhes cabe por herança." (NR)*

.....

*"Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:*  
*I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;*  
*II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;*  
*III - ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;*  
*IV - aos colaterais.*

*Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os subrogados." (NR)*

*"Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato." (NR)*

*"Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, 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, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.*



*Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes.” (NR)*

*“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça.” (NR)*

*“Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.” (NR)*

*“Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.” (NR)*

*“Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.” (NR)*

*“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.” (NR)*

*“Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados.*

*Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.” (NR)*

**Art. 3º.** Revoga-se o art. 1.790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

**Art. 4º.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



## JUSTIFICATIVA

O presente Projeto de Lei nos foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, idéia também defendida pelo ilustre Deputado Antonio Carlos Biscaia.

A adaptação do Projeto do Código Civil às normas da Constituição Federal, notadamente quanto à qualificação como entidade familiar da união estável, intentada no Senado Federal, não se consumou, inteiramente, máxime no que concerne aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, resultando em redação confusa, que tem atormentado os aplicadores do direito. Por força do art. 226 da Constituição Federal, não pode o legislador infraconstitucional tratar desigualmente o companheiro, em relação ao cônjuge, porque não há hierarquia entre eles na vocação hereditária e até porque a união estável não compete com a união conjugal.

Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça e de garantia da paz familiar.

Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.

A título de exemplificação, a respeito desse dispar tratamento, anatem-se os artigos 1.714, 1.720 e 1.722, nos quais, ao contrário do que ocorreu com o enunciado genérico do art. 1.711, alusivo a "entidade familiar", apenas referem os cônjuges.

A revogação do art. 1.790 é necessária, pois o companheiro já estará contemplado, em igualdade de condições, no art. 1.829, com a redação ora proposta. Note-se que sua localização atual, no âmbito das disposições gerais do direito sucessório, é inadequada, pois trata de matéria atinente à ordem da vocação hereditária.

A alteração ao art. 1.829, além de igualar em direitos o companheiro ao cônjuge, retira, em definitivo, a dúvida acerca de quais os regimes de bens que



admitem a incidência do instituto da concorrência com os descendentes, vencendo-se a confusa redação atual, pela retirada das ressalvas contidas no texto atual. O parágrafo único, ora proposto, afastará quaisquer dúvidas relativas às hipóteses de regimes patrimoniais de bens que admitirão a incidência da concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, quer na sucessão dos descendentes (inciso I), quer na sucessão dos ascendentes (inciso II). O parágrafo único proposto determina claramente qual o monte hereditário sobre o qual efetivamente deve incidir a concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, excluindo as dúvidas mas, principalmente, a diversidade de tratamento quanto à entidade familiar (casamento ou união estável) à qual pertença o herdeiro concorrente (cônjuge ou companheiro) sobrevivente. Por outro lado, associando-se a redação proposta ao art. 1.829 com as dos artigos 1.832 e 1.837, haverá mais clareza quanto à porção patrimonial da herança que caberá quando ocorrer a concorrência.

A redação proposta ao art. 1.831 deixa expresso direito de habitação atribuído ao companheiro, em relação ao bem destinado à residência da família, que já tinha sido contemplado pela Lei nº 9.278/1996. Pela nova redação sugerida no *caput*, a restrição à titularidade exclusiva ou em condomínio com o sobrevivente sobre o imóvel objeto do direito real de habitação, justifica-se para não gravar ou onerar bem de terceiro, inclusive eventuais herdeiros, mas alheios ao contexto sucessório ao menos no que se refere a este imóvel. Ademais, considerando não mais ser viável o direito, evita-se, assim, a constituição de um vínculo eterno e definitivo sobre o imóvel de terceiro (ainda que em condomínio), na medida em que a cada falecimento de um morador-condômino casado, ou que viva em união estável, por menor que seja o seu quinhão sobre o imóvel, restaria instituído novo direito real de habitação, e assim sucessivamente diante de novas núpcias do sobrevivente, e potencialmente por diversas vezes, comprometendo, inclusive, o direito de propriedade daqueles condôminos até eventualmente majoritários. Por sua vez, a previsão sugerida no parágrafo primeiro, tem por fundamento preservar o direito à legítima de herdeiros menores ou incapazes, com preferência ao benefício instituído em favor do sobrevivente, na medida em que aqueles, no confronto de posições, certamente merecem maior proteção.

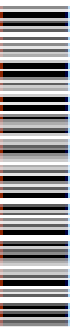
Quanto à redação proposta ao art. 1.845, pretende-se determinar que os herdeiros necessários são apenas os descendentes e os ascendentes. A inclusão do cônjuge, promovida pela Lei do Divórcio, de 1977, revelou-se contraproducente e fator de disputas entre pais e filhos. Por outro lado, a quase total adoção do regime de comunhão parcial, já contempla o cônjuge com a meação dos bens adquiridos na constância do casamento, além da garantia do direito real de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família. De outro lado, a realidade brasileira tem demonstrado o expressivo número de núpcias além da primeira, deixados descendentes de leitos anteriores. E neste novo quadro de família plural, por vezes inexistente vínculo afetivo entre o atual cônjuge e os seus enteados. Assim, também para se evitar uma ligação patrimonial entre pessoas que não se relacionam, capaz de gerar nocivos conflitos e discórdias, o ideal é reservar ao titular do patrimônio a maior liberdade para dispor de seus bens, facultando-lhe, se assim desejar, promover seu planejamento sucessório da



forma que melhor acomode os interesses de todos os envolvidos. Ainda, retirar o cônjuge da qualidade de herdeiro necessário confere ao matrimônio a certeza do envolvimento das partes apenas pelas relações afetivas, afastando qualquer risco de interesse patrimonial recíproco, independente da idade ou condição dos nubentes. É a comunhão de vida pelo amor, não pela perspectiva de herança, rompendo a ameaça de confusão entre sentimento e patrimônio.

Sala das Sessões, 19 de março de 2007.

**Deputado Sérgio Barradas Carneiro**  
**PT/BA**



00FA66A433

## ANEXO IV – Projeto de Lei nº 674/2007

**PROJETO DE LEI N.º \_\_\_\_\_, DE 2007**

Regulamenta o artigo 226 §3º da Constituição Federal, união estável, institui o divórcio de fato.

O Congresso Nacional decreta:

**DA UNIÃO ESTAVEL**

Art. 1º- É reconhecida como entidade familiar a união estável, pública, contínua e duradoura, entre duas pessoas capazes, estabelecida com o objetivo de constituição familiar.

Parágrafo único Não será reconhecida como entidade familiar a união estável constituída por companheiro que mantenha simultaneamente casamento ou união estável reconhecida formalmente, com terceiro (a).

**DO ESTADO CIVIL**

Art. 2º O Estado civil das pessoas em união estável é o de Consorte.

Parágrafo Único- Companheiros e consortes são denominações para identificar os sujeitos da união estável, podendo os termos serem utilizados indistintamente.

Art. 3º- São direitos e deveres iguais dos consortes :

- I- respeito, lealdade e consideração mútuos;
- II- Assistência moral e material recíproca;
- III- Guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art.4º- Os consortes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio.

**DA PROVA DA UNIÃO**

Art.5º. São instrumentos hábeis comprobatórios do estado civil de consorte:

- I- Escritura pública de declaração de união estável;
- II- Declaração conjunta de Imposto de Renda;
- III- Declaração judicial;
- IV- Outros meios idôneos de prova.

Parágrafo Único- A existência única de um dos itens do presente artigo é suficiente para o reconhecimento do estado civil de consorte.

#### **DA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL**

Art.6º- A união estável é extinta:

- I- Pela livre e espontânea vontade dos companheiros;
- II- Pela morte de um dos consortes;
- III- Pelo divórcio de fato;
- IV- Pela sentença judicial.

#### **DO DIVORCIO DE FATO**

Art.8º- O Divórcio de fato consiste na ruptura, por mais de cinco anos, da vida em comum dos integrantes de relação conjugal ou de união estável.

Art.9º- O Divórcio de fato:

- I- extingue de pleno direito a sociedade familiar;
- II- dissolve o casamento
- III- dissolve a união estável.
- IV- põe termo aos deveres de coabitação, de fidelidade recíproca e ao regime de bens;
- V- não modifica o direito e deveres dos pais em relação aos filhos;
- VI- não extingue o direito de alimentos

#### **DOS ALIMENTOS**

Art. 10- Dissolvida a união estável são devidos os alimentos ao consorte que dele necessitar.

Parágrafo único: A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.

#### **DO PARENTESCO**

Art.11- Cada consorte é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade

§1º- o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do consorte

§2º- na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução da união estável.

### **DO REGIME DE BENS**

Art.12- Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os companheiros, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Parágrafo único- Não se aplica o caput deste artigo em relação aos móveis e imóveis adquiridos exclusivamente através do produto de bens pertencente aos companheiros anteriormente a união; caso em que a propriedade será definida na mesma proporção da participação patrimonial de cada um dos consortes.

Art. 13- As benfeitorias realizadas em bens particulares de cada companheiro, só serão comunicáveis se o bem principal também o for.

Art. 14- Os bens adquiridos anteriormente a união estável e os indicados no art.1659 e 1661 do Código Civil ( lei....)não são comunicáveis.

Art. 15- A administração do patrimônio comum dos consortes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

### **DO DIREITO SUCESSÓRIO**

Art.16- Dissolvida a união estável por morte de um dos consortes o sobrevivente participará da sucessão do companheiro como herdeiro necessário .

§1º- Para efeito de direitos sucessórios o consorte é equiparado, no que couber, a figura do cônjuge.

Art.17- O consorte sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto do imóvel destinado à residência da família.

Art. 18- Toda a matéria relativa a união estável é de competência do juízo da Vara da Família assegurado o segredo de justiça.

### **DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art.19- O caput do art.1723 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a ter a seguinte redação:

“ Art.1723- É reconhecida como entidade familiar a união estável, pública, contínua e duradoura, entre duas pessoas capazes,estabelecida com o objetivo de constituição familiar”.

Art.20- Acrescente-se ao art.1571 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, inciso V com a seguinte redação:

“ Art. 1571-...

...



V – pelo divórcio de fato.”

Art. 21- Esta lei entra em vigor na data da sua publicação

Art. 22- Revoga-se a Lei n.º 9.278 de 10 de maio de 1996, e a Lei nº8.971, de 29 de dezembro de 1994.

## JUSTIFICATIVA

A constituição de 1988 em seu artigo 226 §3º acolheu a união estável como uma figura jurídica representativa da família. Em decorrência deste primeiro reconhecimento surgiram dois novos diplomas legais, a Lei 8971/94 e a Lei 9278/96. Em 2003 o Novo Código Civil introduziu no Livro IV- Do Direito de Família o Título III- Da União Estável, sepultando o tratamento original dado a estas relações, ligado ao Direito das Obrigações, e consolidando a união estável como unidade familiar.

Apesar deste reconhecimento constitucional e infra-constitucional muitas lacunas jurídicas continuam a existir , além de interpretações conflitantes sobre preceitos normatizados.

A primeira lacuna preenchida pelo projeto consiste na definição do estado civil daqueles que vivem em união estável; o projeto em seu art.2º estabelece o estado civil de Consorte.

Procuramos também responder uma demanda da sociedade referente a crescente união envolvendo sujeitos que são casados juridicamente, mas estão separados de fato a anos de seus conjugues e vem a estabelecer nova união com terceira pessoa.

As questões patrimoniais e sucessórias envolvidas em casos como estes não são simples e, muitas vezes, por falta de previsão legal, o Judiciário é forçado a reconhecer a segunda relação como concubinato, embasado em fundamentos formais, distanciando-se da verdadeira justiça.

O divórcio de fato conceito jurídico novo introduzido neste projeto objetiva amparar o judiciário para responder a situações como esta.

A necessidade do lapso temporal de cinco anos para constituição do Divórcio de fato se deve ao respeito e harmonização com o disposto no art.1642, inc. V do Novo Código Civil- onde é autorizado ao conjugue, de casal separado de fato a mais de cinco anos, a reivindicar os bens comuns doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino. E o cuidado de não suplantar, com uma figura jurídica mais informal, a separação e o divórcio judicial .

A falta de sistematização e harmonização dos conceitos regulados pelas Leis n.º 9.278/96 e nº8.971/94 resulta em uma crescente utilização do judiciário para o reconhecimento da união estável, de sua característica como entidade familiar, e definição de direitos patrimoniais e sucessórios decorrentes.

Fizemos um diagnóstico da legislação em vigor e reproduzimos neste projeto os conceitos que se harmonizam as reivindicações sociais de hoje sobre este tema.

A resistência no reconhecimento de unidades familiares constituídas por relações homoafetivas é justificada, por muitos, com o argumento jurídico de que a legislação utilizou os termos "homem" e "mulher" para definir os sujeitos da relação. Damos nova redação ao conceito de união estável, mantendo a exigência da publicidade, estabilidade e objetivo de constituição familiar, mas definimos os sujeitos da relação como "pessoas capazes", englobando as relações entre homossexuais e heterossexuais.

A Lei 9278/96 ao determinar a revogação "das leis em contrário" sem especificar a revogação da Lei 8971/94, que determinava para o reconhecimento da relação a necessidade de convivência pelo período específico de cinco anos, criou a celeuma jurídica referente a necessidade ou não de lapso temporal de 5 anos para o reconhecimento da união estável.

A dispensa do lapso temporal é reconhecida por grande parte da doutrina e jurisprudência, mas não impede julgados desfavoráveis exigindo o prazo de cinco anos e nem mesmo a construção legislativa; a Lei Estadual nº7672/82, do Estado do Rio Grande do Sul, exige, para concessão do benefício de pensão por morte à companheira (o), comprovação de convivência "more uxório" de mais de cinco anos.

Tivemos o cuidado de inserir no projeto todos os conceitos determinados nas leis anteriores, mas a revogamos expressamente para que não paire dúvidas sobre a aplicação dos dispositivos.

Objetivamos com a aprovação do projeto colaborar na harmonização e definição dos conceitos envolvendo esta "nova" instituição familiar e dar respaldo jurídico a relações afetivas consolidadas, que já venceram tabus sociais, mas ainda enfrentam resistências institucionais.

Sala das sessões em,

Deputado Federal Cândido Vaccarezza

## ANEXO V – Projeto de Lei nº 699/2011

**PROJETO DE LEI Nº \_\_\_\_\_, DE 2011****(Do Sr. Arnaldo Faria de Sá)**

Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dá nova redação aos arts. 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", e acrescenta dispositivos ao mesmo diploma legal.

Art. 2º Os artigos a seguir indicados, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro."(NR)

"Art. 11. O direito à vida, à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis,

[...]

Parágrafo único . Poderá o Juiz, levando em consideração o melhor interesse do menor, quebrar a ordem de preferência, bem como nomear tutor terceira pessoa ".(NR)

"Art.1.736....."

I - maiores de sessenta anos;

II - aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos;

III - os impossibilitados por enfermidade;

IV - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela;

V- aqueles que já exercerem tutela ou curatela;

VI - militares em serviço ".(NR)

"Art.1.768....."

II - pelo cônjuge, companheiro ou por qualquer parente;

.....".(NR)

"Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, romper-se, ou for inválido ".(NR)

"Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, 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".(NR)

"Art.1.800....."

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.797;

.....".(NR)

"Art.1.801....."

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge;

.....".(NR)

"Art.1.815....."

Parágrafo único. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em dois anos, contados da abertura da sucessão ".(NR)

[...]

Art. 8º. Dê-se ao título do Livro III da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação :

**“DA POSSE E DOS DIREITOS REAIS (NR)”**

Art. 9º. Acrescente-se, após o art. 1.727 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 , o seguinte dispositivo :

“Art. 1.727-A. As disposições contidas nos artigos anteriores (1.723 a 1.727) aplicam-se , no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes.”

Art. 10. Acrescente-se, após o art. 1.963 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte dispositivo :

“Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge:

I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar;

II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns;

III – desamparado do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade”.

Art. 11. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

## JUSTIFICAÇÃO

Trata-se de reapresentar proposição da lavra do Deputado Ricardo Fiúza, de perene memória, que tramitou nesta Casa, durante a legislatura passada, à exceção da modificação então alvitrada para o art. 1.361, a qual foi por nós retirada, porquanto entendemos que a matéria encontra-se satisfatoriamente regrada. Foram retiradas, igualmente, as alterações aos arts. 286 e 369, haja vista que as mesmas tinham ligação com o art. 374, o qual foi revogado.

Em homenagem àquele eminente parlamentar, reproduzimos, adiante, a justificção então apresentada por ele. “Inicialmente cumpre-me esclarecer que o presente projeto de lei não tem por objetivo a reforma do Código Civil, o que seria uma contradição , já que exercemos a relatoria geral do projeto 634/75 , que deu origem à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Na verdade, o que se pretende com a presente proposta é a complementação de alguns dispositivos, cuja modificação não foi possível fazer anteriormente, face aos impedimentos regimentais já longamente expostos, quando da votação final do PL 634. A apresentação deste projeto de lei foi um compromisso que assumi perante a sociedade brasileira e especialmente perante o Congresso Nacional. Comprometi-me a que, logo após sancionado o novo Código Civil, apresentaríamos um projeto, aperfeiçoando alguns pontos que não poderiam ter sido alterados naquele momento, pois, ou não haviam sido objeto de emendas pelo Senado Federal e, portanto, já estavam aprovados pelas duas Casas do Congresso, ou não se enquadravam nos estreitos limites da Resolução nº 01, de 2000, do Congresso Nacional, que só me permitiu a mera atualização de dispositivos que estivessem em manifesto descompasso com a legislação editada posteriormente ao início da tramitação do PL 634/75.

[...]

subseqüentes ao seu desembarque, onde possa fazer outro testamento, no caso dos testamentos marítimo e aeronáutico (art. 1.891), ou se o testador estiver, depois de feito o testamento militar, noventa dias seguidos, em lugar onde possa testar na forma ordinária, salvo se o testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do art. 1.894 (art. 1.895).

142. Art. 1.790: O art. 1.790 do Código Civil, tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor – Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96.

143. Art. 1.800: A remissão que o § 1o deste artigo faz ao art. 1.775 não está correta. São as pessoas indicadas no art. 1.797 que devem, no caso, exercer a curatela dos bens hereditários (cf. art. 1.988 do Anteprojeto de Código Civil – Revisto (1973), in Código Civil – Anteprojeto, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1989, v. 5, t. 2, p. 422).

144. Art. 1.801: Esse inciso faz alusão ao prazo de cinco anos de separação. Este prazo é excessivo, e até entra em contradição com a regra do art. 1.830, que não reconhece direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, estava separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tomara impossível sem culpa do sobrevivente. E há mais: o Código Civil admite que pessoa casada constitua união estável, se estiver separado de fato do cônjuge (art. 1.723, § 1o). Parecem que não se devia proibir que pessoa casada, que não convive mais com o cônjuge, nomeie herdeira ou legatária alguém com quem não convive, pública, contínua e duradouramente, com o objetivo de constituição de família – o que é união estável –, mas com a qual mantém relações não eventuais.

145. Art. 1.815. O direito de que trata o parágrafo único deste artigo é potestativo, sujeito, portanto, a prazo de decadência. Em sua redação original, o dispositivo repete o art. 178, § 9º, IV do CC/16 estabelecendo um prazo decadencial de quatro anos, o que é excessivo. Decorridos quatro anos após o óbito do “de cujus”, o inventário normalmente já está concluído e a partilha feita, acabada e julgada, não parecendo conveniente, em benefício da própria segurança jurídica, permitir-se, até aquela data, a introdução de uma questão que não foi suscitada antes, contra herdeiro ou legatário que se habilitou oportunamente. Este novo Código, por seu turno, vem diminuindo os prazos de prescrição, bastando comparar-se o art. 205 do CC/2002 com o art. 177 do CC/16. Por essa razão, proponho a redução de quatro para dois anos do prazo mencionado no parágrafo único do art. 1815, à semelhança do que já ocorre no CC Português (arts. 2.036 e 2.167).

146. Art. 1.829: A proposta pretende corrigir equívoco de remissão. O parágrafo único do artigo 1829 refere-se ao artigo 1640, parágrafo único, quando a remissão correta seria ao artigo 1641.

147. Art. 1.831: Não há razão para manter o direito real de habitação, se o cônjuge sobrevivente constituir nova família. “Quem casa faz casa”, proclama o dito popular. Melhor e mais previdente a restrição do art. 1.611, § 2o, do Código Civil de 1916.

148. Art. 1.834: Os descendentes já são de uma mesma classe. O que o dispositivo quis dizer, atualizando a regra do art. 1.605 do Código Civil de 1916, é que estão proibidas quaisquer discriminações ou restrições baseadas na origem do parentesco. Proclama a Constituição, enfaticamente, no art. 227, § 6o, que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, o que este Código repete e reitera no

[...]

utilizada afigura-se restritiva e incompatível com a amplitude do próprio Livro, à medida que trata da posse (considerada como um fato sócio-econômico potestativo e não como um direito real), assim como regula todos os direitos reais. Por outro lado, a palavra "coisas" denota apenas uma das espécies de "bens" (gênero) da vida, razão pela qual seria manifesta a técnica jurídica continuar conferindo a um dos Livros do Código Civil o Título de Direito das "coisas", uma vez que regula as relações fáticas e jurídicas entre sujeitos e os bens da vida suscetíveis de posse e direitos reais ". Assim, considerando que o novo Código primou por conferir a melhor terminologia aos institutos jurídicos, títulos, capítulos e seções, apresenta-se manifestamente procedente a sugestão do Professor Joel, impondo-se a correção desse lapso, conferindo ao Livro III a denominação adequada: "DA POSSE E DOS DIREITOS REAIS".

O presente projeto de lei que ora rerepresentamos é de autoria do Deputado Federal Léo Alcântara, titular da 53ª Legislatura, tendo sido este arquivo e, por tratar-se de matéria de interesse, em especial da classe advocatícia, e atendendo à solicitação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, é que vimos apresentar a proposta.

Sala das Sessões, em 14 de março de 2007.

Arnaldo Faria de Sá  
Deputado Federal – São Paulo

## ANEXO VI – Projeto de Lei nº 4.908/2012



CÂMARA DOS DEPUTADOS

## PROJETO DE LEI Nº , DE 2012

(Do Sr. Hidekazu Takayama)

Dá nova redação aos artigos 544, 1.561, 1.723, 1.789, 1.797, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845, 1.846 e 2.003 da Lei nº. 10.460, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", e ao artigo 990 da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que "Institui o Código de Processo Civil", acrescenta e revoga dispositivos e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Os artigos 544, 1.561, 1.723, 1.789, 1.797, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845, 1.846 e 2.003 da Lei nº. 10.460, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com as seguintes alterações:

\*Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes importa adiantamento do que lhes cabe por herança".

\*Art. 1.561. ....

§ 3º. Os efeitos da putatividade se estendem à união estável, desde que preenchidos os requisitos do art. 1.723".

\*Art. 1.723. ....

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada judicialmente".

\*Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 1.846".

\*Art. 1.797. ....

I – ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão, não perdendo, contudo, este direito se essa convivência se tornou impossível sem culpa sua; .....





CÂMARA DOS DEPUTADOS

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

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro;
- III - ao cônjuge ou companheiro;
- IV - aos colaterais”.

\*Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente.

§ 1º. Para o companheiro, somente é reconhecido direito sucessório se, ao tempo da morte do outro, não haviam dissolvido judicialmente a união, consensual ou litigiosamente, e desde que a união fosse exclusiva, devendo ainda ser reconhecida a união estável por sentença judicial transitada em julgado.

§ 2º. Não terá direito à herança o cônjuge cujo casamento se deu *in extremis*, tendo o autor da herança falecido nos trinta dias seguintes ao casamento em decorrência da doença que tinha ao casar, salvo se o casamento se deu para regularizar uma situação de fato pré-existente.

§ 3º. Igualmente não terá o companheiro direito à herança se a união se iniciou quando o autor da herança já se encontrava gravemente enfermo, vindo a falecer dessa enfermidade nos trinta dias seguintes à constituição da união”.

\*Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, enquanto viver e não constituir nova união, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, e que pertença exclusivamente ao falecido, ou a este e ao cônjuge sobrevivente.

§ 1º. Mesmo havendo na herança mais de um imóvel, caberá o direito real de habitação se, pagas as dívidas, restar apenas um imóvel.

§ 2º. O direito do cônjuge sobrevivente se estende à posse dos bens móveis que guarnecem o imóvel, enquanto durar o direito real de habitação sobre ele”.

\*Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge ou ao companheiro quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer”.

\*Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou o companheiro.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

\*Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

\*Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou ao companheiro”.

\*Art. 1.839. Se não houver cônjuge e companheiro, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”.

\*Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro”.

\*Art. 1.846. ....

Parágrafo único. Deixando, porém, o falecido três ou mais filhos, ou quando concorrer à sucessão cônjuge ou companheiro e pelo menos dois filhos, a legítima se constituirá de setenta e cinco por cento da herança”.

\*Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados”.

Art. 2º. O art. 990 da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar com a seguinte alteração:

\*Art. 990. ....

I - o cônjuge sobrevivente ou o companheiro, qualquer que seja o regime de bens, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste, salvo se essa convivência se tornou impossível sem culpa dele”.

Art. 3º. Acrescente-se, após o art. 1.963 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte dispositivo:

\*Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge e do companheiro:

I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento ou da união estável, ou que determine a perda do poder familiar;

II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao cônjuge ou companheiro ou aos filhos comuns;

III – desamparo do cônjuge ou companheiro ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade.



## CÂMARA DOS DEPUTADOS

§ 1º. Configura perdão tácito, desautorizando a deserdação, o fato de o cônjuge continuar a conviver com o outro depois de ter conhecimento do ato que a permitiria.

§ 2º. A deserdação afasta o cônjuge ou o companheiro inclusive do direito real de habitação.

Art. 4º. Fica revogado o art. 1.790 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 5º. Esta lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

### JUSTIFICATIVA

O presente projeto de lei é fruto da vasta experiência do renomado jurista paranaense Inacio de Carvalho Neto, Doutor, Professor Universitário, Promotor de Justiça no Estado do Paraná e autor de diversas obras de cunho jurídico correlatas ao tema ora proposto, cuja dedicação nos brindaram com tese aprovada de doutoramento pela Universidade de São Paulo (USP), em Direito Civil, sob a orientação da Professora Titular Giselda Maria Novaes Hironata.

Compartilho da conclusão desses estudos que aperfeiçoam o ordenamento jurídico, tomando mais próximo à realidade social o tratamento da companheira no Direito das Sucessões e de Família, para apresentar este projeto de lei para atender aos objetivos propostos e iniciar os debates sobre o tema.

É evidente a injustiça da distinção, no novo Código, entre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro. Embora tal discriminação tenha explicações de ordem histórica, o fato é que é preciso se alterar tal situação. E nem mesmo o Projeto de Lei nº. 6.960/02, que pretende alterar a redação do art. 1.790, hoje arquivado, chega a corrigir o problema. Pretende-se proscrever tal distinção, tratando ambos de forma igualitária. Para tanto, a primeira providência é a revogação do art. 1.790 do novo Código Civil. Em seguida, alterando a redação dos arts. 1.829, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838 e 1.839, pretende-se colocar o companheiro ao lado do cônjuge na sucessão legítima. Por fim, acresce-se um parágrafo único ao art. 1.830, para aplicar ao



## CÂMARA DOS DEPUTADOS

companheiro a restrição que este já trazia para o cônjuge e esclarecer a necessidade de sentença judicial transitada em julgado que reconheça a união estável.

Aproveitou-se para excluir destes dispositivos a expressão "cônjuge sobrevivente", substituída apenas por "cônjuge", já que desnecessário se dizer que é o sobrevivente quem herda do falecido, assim como não se faz tal referência para nenhum outro herdeiro. E também se substitui no art. 1.832 a expressão "ascendente dos herdeiros com que concorrer" por "ascendente de todos os herdeiros com que concorrer", para evitar a dúvida ora reinante na doutrina quanto à correta aplicação da reserva de quinhão do cônjuge.

Procura-se excluir, do inciso I do art. 1.829 do novo Código, a confusa discriminação relativa ao regime de bens que dele consta. A uma, por se entender que a questão do regime de bens não deve se colocar em matéria de sucessões, mas apenas para efeito de partilha derivada de meação. A duas, porque os termos da lei são extremamente confusos, gerando muita incerteza na doutrina, o que, tem redundado em dificuldade de aplicação pelos tribunais. A três, porque, mesmo no regime de separação legal, que, em tese, justificaria a exclusão do direito sucessório, não é fiel a jurisprudência à exigência legal de separação patrimonial, havendo até mesmo Súmula do Supremo Tribunal Federal contrariando as disposições da lei (Súmula 379). A quatro, porque o próprio legislador não foi fiel a esta distinção, determinando o direito sucessório do cônjuge independentemente do regime no inciso II do mesmo artigo 1.829. Assim, propõe-se a exclusão da referência ao regime, herdando o cônjuge ou o companheiro em concorrência com os descendentes qualquer que seja o regime de bens.

No art. 1.830, procura-se suprimir a referência à separação de fato, restaurando a restrição apenas à separação judicial do Código de 1916, tendo em vista que a separação de fato não deve ser causa para exclusão do direito sucessório do cônjuge ou do companheiro. Manteve-se, contudo, a referência à separação judicial, em que pese a Emenda nº. 86/2010, em face da dúvida ainda reinante na doutrina e na jurisprudência a respeito da permanência ou não da separação judicial. Da mesma sorte, no art. 1.723, § 1º., retira-se a separação de fato como autorizadora da constituição de união estável, o que, além de todos os inconvenientes já bastante



## CÂMARA DOS DEPUTADOS

conhecidos na doutrina, tem o condão de criar confusão em eventual concorrência de sucessão com cônjuge e companheiro.

Entende-se por bem, seguindo modelos de outros países e do Projeto de Orlando Gomes, sugerir o acréscimo de um parágrafo único ao art. 1.846 do novo Código Civil, para aumentar para setenta e cinco por cento a quota legitimária dos descendentes, sempre que houver três ou mais filhos, de forma a protegê-los melhor na sucessão, diminuindo o arbítrio do testador. Tendo em vista que os filhos são os primeiros na ordem de vocação hereditária; tendo em vista que o número excessivo de filhos torna pequeno o quinhão de cada um; tendo em vista que estes filhos agora poderão ter diminuída ainda mais a sua cota hereditária em face do direito do cônjuge a parte da herança, nos termos do art. 1.829, inciso I; e tendo em vista ainda que a possibilidade de o testador deixar até metade dos bens para qualquer pessoa (inclusive a um dos filhos, criando discriminação entre eles) pode diminuir sobremaneira a cota de cada um, percebe-se que a legítima em três quartos melhor atenderá aos interesses desses filhos.

Em consequência, torna-se necessário alterar a redação do art. 1.789, ressaltando o disposto no parágrafo único do art. 1.846. Acresce-se, ademais, o companheiro no rol dos herdeiros necessários do art. 1.845, providência bastante reclamada na doutrina. E sugere-se a inclusão de um artigo (1963-A) para tratar da deserdação do cônjuge e do companheiro, tendo em vista serem considerados herdeiros necessários, mas não constar a possibilidade de sua deserdação.

Seguindo modelo argentino, pretende-se inserir os §§ 2º. e 3º. ao art. 1.830, visando à exclusão da herança ao cônjuge ou ao companheiro, nos casos de casamento *in extremis*, ou quando a união se iniciou quando o autor da herança já estava com grave enfermidade, da qual vem a falecer nos trinta dias seguintes ao casamento ou à constituição da união, procurando com isto evitar que o casamento ou a união estável tenham outra finalidade que não seja apenas a formação da família.

Procura-se incluir no art. 1.797, que trata da possibilidade do cônjuge ou do companheiro ficarem na posse e administração dos bens da herança até que seja nomeado inventariante, a ressalva que foi incluída no art. 1.579, § 1º., do Código Civil de 1916, pelo Estatuto da Mulher Casada, de que o cônjuge ou companheiro que não



CÂMARA DOS DEPUTADOS

foi culpado pela separação de fato não perde o direito à administração dos bens. Igual ressalva se pretende incluir no art. 990, inciso I, do Código de Processo Civil, que trata do direito do cônjuge à nomeação como inventariante.

**HIDEKAZU TAKAYAMA**  
Deputado Federal - PSC/PR