

**FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA
CURSO DE DIREITO**

**A DIVERGÊNCIA DE TRATAMENTO ENTRE A VONTADE DO
COMPANHEIRO E A PREVISÃO LEGAL NA SUCESSÃO COM OS
COLATERAIS**

Paulo Lindbeck Guimarães

Curitiba/PR

2015

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**A DIVERGÊNCIA DE TRATAMENTO ENTRE A VONTADE DO
COMPANHEIRO E A PREVISÃO LEGAL NA SUCESSÃO COM OS
COLATERAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Santa Cruz - INOVE, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito, sob a orientação
metodológica da professora Thaís Arruda
Borin Petroski e sob orientação de
conteúdo da professora especialista Dalva
Araujo Gonçalves

Curitiba/PR

2015

**A DIVERGÊNCIA DE TRATAMENTO ENTRE A VONTADE DO
COMPANHEIRO E A PREVISÃO LEGAL NA SUCESSÃO COM OS COLATERAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Professora Dalva Araújo Gonçalves
Orientadora

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes
Examinador

Andrei Mohr Funes
Examinador

CURITIBA/PR, ___ DE ____ DE 2015

A Dedicatória deste trabalho vai a quem a simples existência dignifica a minha existência. Dedico este trabalho de conclusão de curso aos meus filhos Paulo e Claudia, minha querida esposa Raquel, minha Mãe Magda, meu Pai Paulo e as minhas irmãs Magaly e Iris

AGRADECIMENTOS

Agradeço a professora Dalva Araújo Gonçalves que me orientou neste Trabalho de Conclusão de Curso tendo o mérito por perder sábados e tardes de semana auxiliando este acadêmico.

Meu agradecimento a todos os professores que fizeram parte dessa jornada educacional explicitando neste agradecimento também o professor Murilo Gasparini Moreno o qual auxiliou toda a turma com a temível apresentação na banca.

“Ter uma desilusão em um relacionamento estável, é como se
caísse um muro que cercasse nosso castelo de sonhos”.
(Néviton Roberto de Faria)

RESUMO

O presente trabalho refere-se à diferença da concorrência sucessória entre o companheiro sobrevivente da união estável e o cônjuge no casamento civil, especificamente, ao prejuízo que este possa ter se comparado ao cônjuge de uma relação civil formalizada. Para tanto, o presente trabalho traz uma idéia básica de como se dá a concorrência sucessória decorrente de união estável como um todo, para só então ser analisado as regras sucessórias relativas ao cônjuge, isto porque a grande crítica que se estabelece em relação ao tema é justamente o tratamento diferenciado e prejudicial previsto para o companheiro se comparado ao prescrito para o cônjuge sobrevivente na mesma situação fática. Estabelece comparações, também, decorrentes da evolução legislativa no tratamento da presente matéria. Desta forma, não se busca somente a compreensão do tema através da análise dos dispositivos em questão, mas sim, a concepção das críticas formuladas pela doutrina a respeito dos dispositivos analisados.

Palavras-chave: Casamento. União estável. Sucessão. vontade do companheiro.

ABSTRACT

This project refers to the difference of succession competition between the surviving partner of a stable relationship and the spouse in civil marriage, specifically, the harm that it can be compared to the spouse of a formalized civil relationship. To this end, this paper provides a basic idea of how is the succession competition resulting from a stable union as a whole, for only then be analyzed the succession rules for the spouse, this because the major criticism that is established by Topic is precisely differentiated and prejudicial treatment provided to the companion compared to the prescribed for the surviving spouse in the same factual situation. Establish comparisons, too, stemming from legislative developments in the treatment of this matter. Thus, do not search as only the understanding of the subject by analyzing the devices concerned, but rather the design of the criticisms made by the doctrine regarding the scanned devices.

Keywords: Marriage. Common-law marriage. Succession. Fellow wi.

SUMARIO

1 Introdução	10
2 União Estável	13
2.1 A Evolução do Direito Sucessório do Companheiro antes do Advento do Código Civil de 2002.....	15
3 A Sucessão do Cônjuge	21
4 A Sucessão do Companheiro no Artigo 1790 do Atual Código civil	27
4.1 Breve apresentação do Previsto no Artigo 1790 do Código Civil	29
4.1.1 Concorrência com os Descendentes.....	31
4.1.2 Concorrência com os Ascendentes.....	33
4.1.3 Concorrência com os Colaterais	35
4.1.4 Sucessão Isolada do Companheiro.....	38
5 Apontamentos finais sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro.....	41
6 Considerações Finais.....	48
7 Referências	52

1 INTRODUÇÃO

A família é a célula mãe da sociedade, e apesar de historicamente e socialmente ter sido estabelecida com base na união entre pessoas, legalmente é constituída pelo casamento, instituto que oficialmente é tido com a *união solene entre duas pessoas, com legitimação civil e/ou religiosa* (FERREIRA, 2010).

Ocorre que com o avanço social, e a movimentação dos povos no mundo, a recepção de diferentes culturas e religiões nas sociedades, foram criados outros institutos aceitos como célula familiar, estatutos que também são capazes de gerar direitos e deveres entre os conviventes, entre eles, pode-se citar a união estável, os concubinatos e as famílias individuais.

Todo este desenvolvimento trouxe também uma grande evolução no campo do direito, pois o tratamento e reconhecimento das uniões estáveis garantiram direitos, destacando-se os na esfera previdenciária, alimentar e sucessória. No entanto, em alguns aspectos surge conflito entre a igualdade e a proteção dada pela Constituição da República Federativa do Brasil à união estável e as regras do Direito Sucessório previstas no atual Código Civil. Entre estes conflitos, estão as desarmonias das previsões legais do Código Civil prescritas ao companheiro e aquelas dadas ao cônjuge no direito sucessório, fruto de estudo do presente trabalho, pois pode resultar em consequências prejudiciais as partes.

A questão é crucial, pois, em suma, legalmente a sucessão poderá ocorrer de duas formas, por declaração de vontade (testamento) ou por Sucessão Legítima. O próprio legislador assim o entendeu ao inverter a posição das palavras no artigo 1.786 do atual Código Civil dizendo: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”, em relação ao seu correspondente artigo no Código Civil de 1.916 o art. 1.573 que dizia: “A sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei.

Assim, a qualidade técnica do direcionamento proposto pelo legislador é de grande importância, visto que a sucessão deve ser estabelecida da forma mais próxima possível daquela presumidamente estabelecida pelo falecido, tendo em vista que um relacionamento amoroso envolve cooperação, comunhão de vida e

objetivos. Não obstante, o êxito do legislador ao disciplinar os direitos do cônjuge, não foi semelhante ao resguardar os direitos do companheiro.

Com efeito, o presente trabalho não intui somente verificar que deveriam ter sido igualados o tratamento do companheiro e do cônjuge quando da edição do Código Civil de 2002, mas de se analisar as distinções existentes e as possíveis ocorrências de situações inoportunas ocasionadas pela questão legal e o peso do afeto na presunção de vontade do falecido.

Segundo Adriana Caldas do Rego Freits Dabu Maluf e amor na visão do direito:

Numa visão jurídica, o amor é encarado sob várias concepções. Com a finalidade de retratar um pouco da realidade do amor no mundo do direito, analisaremos no aspecto cível a formação da família e, no aspecto do penal, a presença dos crimes passionais no cenário nacional (MALUF, 2012, p. 241)

A previsão do artigo 1790 do Código Civil vigente pode se tornar prejudicial porque, a maioria da população nacional utiliza as regras de direito sucessório, sendo poucos os que se utilizam de testamento, e assim, este artigo ganha relevância, pois no caso concreto prima-se pela aplicação da norma escrita.

A possibilidade de concorrência sucessória do companheiro com os colaterais é uma das principais diferenças entre a sucessão da união estável e a do casamento, e sua aplicação prática é crescente dada às alterações nas relações familiares, que antes, em sua quase totalidade, eram formadas pelo matrimônio com filhos, e tendo em vista que, em nossa sociedade, assuntos relacionados a testamentos ainda são um tabu perante nossa sociedade.

Salienta-se que não raro os parentes colaterais se apresentam longínquos, podendo, com isso, ocorrer total diferenciação entre a vontade da lei que será aplicada ao caso concreto e a vontade do falecido se esta pudesse ser manifestada. Como bem discorre Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 428), citando Zeno Veloso,

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau primos, tios-avôs, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve

uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cuius*.

Tal estudo se torna importante, pois o leigo, em geral, não conhece exatamente o que o legislador previu e desta forma surpresas podem ocorrer quando da abertura da sucessão. Assim, conclui-se ser importante à exploração do tema pela sua atualidade, tendo em vista que a concorrência do companheiro com os colaterais tem grande aplicação prática. Ademais, trata-se de assunto relevante, posto que atinge, diretamente, a vida das pessoas, podendo gerar conseqüências indesejáveis ao companheiro sobrevivente, bem como certamente contrariaria o intuito de uma instituição familiar, seja formal ou não, bem como, supõe-se, a vontade do falecido se este tivesse manifestar seu real desejo.

Busca-se com o presente trabalho analisar se previsão legal do artigo 1790 do Código Civil, que distingue a sucessão do cônjuge da estabelecida para o companheiro, atinge o seu objeto social, qual seja, que a situação do cônjuge e do companheiro são iguais perante o falecido, e também da sociedade, sendo a situação legal do casamento ou da união estável somente uma diferença de formalidades.

O presente trabalho precisou por delimitar como se processa a sucessão do companheiro e a do cônjuge, quais as distinções existentes entre a sucessão do companheiro e do cônjuge e por abordar quais as críticas que podem ser estabelecidas ao tratamento dado pelo atual Código Civil em relação à concorrência do companheiro com os colaterais. Examina-se também a questão da sucessão do companheiro em concorrência com colaterais e as questões divergentes na sucessão do companheiro em relação ao cônjuge, realizando breve comparação de como era disciplinada a matéria antes e depois da edição do Código Civil atual, apontando suas distinções, assim como analisar como se processa a sucessão no caso de não haver colaterais do falecido em relação ao companheiro e por fim, identificar as críticas formuladas sobre o tema.

Para análise do tema a pesquisa será essencialmente bibliográfica, a qual consistirá em análise e resenha de textos e obras pertinentes ao assunto pesquisado, bem como leitura da legislação vigente que dispõem acerca do tema em questão, priorizando-se a Constituição da República e o Código Civil.

2 UNIÃO ESTÁVEL

Desde os primórdios a interação da humanidade ocorreu de forma associativa, através das organizações sociais. Entre as principais, se não a principal, está a instituição Familiar, que é considerada o pilar da sociedade, embora possuam variações estruturais (LAKATOS, 1999. P. 149-171). Assim durante séculos o casamento civil instituía a família tradicional, dita legítima. No entanto, não se podia negar a existência de relações afetivas e familiares diversas, entre elas a que hoje conhecemos como união estável.

Ainda, as questões relacionadas à filiação podem ser apontadas como propulsoras do reconhecimento de efeitos jurídicos aos relacionamentos constituídos sem o matrimônio, eis que anteriormente, os filhos podiam ser tidos como não legítimos, eis que todas as uniões, independente de serem religiosas, civis ou sociais são formas de relacionamento que constituem um núcleo familiar, sendo que o Matrimônio foi um modo pelo o qual o direito veio estabelecer regras para esta relação, sejam obrigacionais, morais e/ou patrimoniais (LAKATOS, 1999. p. 174-176).

Após a promulgação da Carta Magna, a evolução na legislação que trata das relações familiares veio a legitimar a realidade fática. Antes da utilização do vocábulo união estável, inicialmente pela Constituição Federal de 1988, utilizava-se indistintamente – por acreditar que se tratava de realidade similar – a figura do concubinato¹.

Salientamos que a necessidade de proteção aos filhos havidos fora do casamento foi o primeiro passo para o reconhecimento de outros efeitos ligados à família. Orlando Gomes (2001, p.14) destaca os efeitos gerados pela constituição da família:

A filiação, o parentesco, o pátrio-poder são ordenados para a família legitimamente fundada.[...] Pelo casamento constitui-se a família legítima,

¹ A doutrina classificava o concubinato em puro e impuro. O concubinato puro equivalia à figura que hoje conhecemos por união estável, já o impuro se caracterizava pela união entre homem e mulher impedidos de casar. O concubinato impuro não gerava efeitos de constituição de família. Atualmente, o artigo 1.727 do Código Civil (2002) disciplina a figura do concubinato antes dito impuro.

mas existe também a que não se origina do ato solene instituído pelo estado para legalizá-la. Todas as legislações se preocupam com sua existência. Tem-se desenvolvido, ultimamente, a tendência para intensificar a disciplina do concubinato, ampliando-se seus efeitos, principalmente em relação à prole.

Dentro desta tendência de se reconhecer direitos ao relacionamento afetivo constituído sem as formalidades do casamento, podemos citar direitos previdenciários e fiscais, os quais apenas faz-se menção a título exemplificativo, por não contemplam o tema do presente trabalho.

Historicamente, a legalização do tema iniciou com o advento da Constituição Federal de 1988, que, no artigo 226, parágrafo 3º, reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, protegida pelo Estado; contudo, a Constituição não trouxe uma definição do que fosse a entidade familiar da união estável. Este conceito passou a ser formalizado com a Lei n.º 8.971, de 29.12.1994, que define em seu artigo 1º a figura do companheiro, visto que não traz referência expressa à terminologia união estável.

A figura do companheiro era caracterizada pela união comprovada de homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, pelo período superior a 5 (cinco) anos, ou por período inferior se houvesse prole.

Já a Lei n.º 9.278, de 10.05.1996, alterou este conceito em seu artigo 1º, reconhecendo como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de homem e mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Deixando de prever um lapso temporal mínimo e omitindo, ainda, as características pessoais exigidas pela lei anterior.

Pública, para afastar da idéia de união estável as uniões furtivas, escondidas, que não se afeioam à idéia de família. Contínua, requerendo alguma estabilidade, para fugir das uniões de “vai-e-vem”. Duradoura, para afastar as uniões passageiras, meros “casos” sem maior compromisso.

Para Miguel Reale (2003, p.72), cabe ao juiz verificar a existência ou não de união estável no caso concreto, prevalecendo a caracterização da união quando resultar o nascimento de filhos, uma vez que, “se houver prole, a união estável torna-se incontinenti consolidada”.

Com a edição da Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, atual Código Civil, a união estável passou a ser conceituada pelo artigo 1.723, que realiza uma transcrição do artigo 1º da Lei n.º 9.278/96, com algumas alterações. Assim, a união estável se introduz como entidade familiar, trazendo o fato de existir uma convivência contínua e duradoura como estrutura de entidade familiar, e não mais como mera característica da união.

Diante da Inovação trazida pelo atual Código foi a distinção expressa das figuras do concubinato e da união estável, disciplinada no artigo 1.727, o Concubinato passou a ser a relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar seja por relação de parentesco ou por estarem casados com terceiro, sem que estejam divorciados. Conforme leciona Gonçalves (2013, p188/189):

Com o advento da Lei n. 9278/96 não mais se exigiam todos esses requisitos para caracterização da sociedade de fato, pois o seu artigo 1º reconhecia “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Bastava a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, com a formação do patrimônio. Vivendo uma pessoa com cônjuge e companheiro, separavam-se as aquisições havidas durante cada união (GONÇALVES, 2013,p188/189).

Ressalta-se que apesar dos textos legislativos tratarem do casamento e da união estável como uniões entre homens e mulheres, tal direito abrange também as relações homo afetivas, eis que igualmente é geradora de núcleo familiar.

Assim, apresentada a idéia inicial da união estável e sua configuração como entidade familiar, verificaremos, a seguir, a evolução sofrida quanto às disposições ligadas à sucessão do companheiro.

2.1 A Evolução do Direito Sucessório do Companheiro antes do advento do Código Civil de 2002

Neste trabalho, a análise da evolução histórica da união estável terá como marco inicial o Código Civil de 1916, abrangendo a legislação anterior ao Código Civil de 2002. O então Código Civil de 1916 não disciplinava a hoje

conhecida união estável, não sendo reconhecido, portanto, direito sucessório ao companheiro. (BARBOSA,2008, p.151)

As palavras de Gonçalves (2013, p188), traziam que o Código Civil de 1916:

Continha alguns dispositivos que fazia restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado a concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida. Aos poucos, no entanto, a começar pela legislação previdenciária alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum (GONÇALVES,2013p188).

E ainda o autor ensina que:

A Lei 8971, de 29 de dezembro de 1994, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, e a Lei 9278 de 10 de maio de 1996, que regulamentou o artigo 226§3º da Constituição Federal, reconhecendo a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar asseguram aos companheiros, dentre outros direitos, o de herdar.

A Lei n. 8.971/94 ampliou no art. 2º,III, o rol de herdeiros estabelecido no artigo 1603 do Código Civil de 1916 quando determinou a transmissão do patrimônio ao companheiro ou companheira sobrevivente (inciso III) e não aos colaterais se inexistissem descendentes ou ascendentes, se inexistissem descendentes ou ascendentes. Como requisito, exigia a referida lei a união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como prova da efetiva união marital pelo prazo de cinco anos, ou por qualquer tempo se houvesse prole (GONÇALVES,2013p188).

Contudo, mesmo não existindo uma Lei que protegesse o companheiro, a jurisprudência já reconhecia alguns direitos aos conviventes. Neste sentido a jurisprudência pátria trazia que:

Apelação cível – Em união concubinária dissolvida antes, dissolvida antes da Lei 8.971/1994, descabem alimentos em favor da mulher, ainda mais quando o acordo que celebram os conviventes, pondo um fim a união concubinária, esta recebeu uma indenização em dinheiro e patrimônio. Hoje, se inclinou a jurisprudência no sentido de que, em uniões de fato, ambos os conviventes se beneficiam, tanto o homem quanto a mulher, e atribuir patrimônio somente ao varão, criaria uma situação de suma injustiça para outra parte, que sempre se dedicou as lides domésticas, mas proporcionou condições de fortuna ao seu companheiro. A partilha restou equacionada. Recurso adesivo não conhecido (TJRS,AC 597144229,8ª Câm. Civ.,j.20.08.1998,rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira)

União estável – Sociedade de fato – Dissolução da sociedade – Morte de um dos concubinos – efeitos – meação da mulher na herança – união estável e sociedade de fato – Extinção – Efeito – Extinção por morte a união estável não faz jus a companheira supérstite à meação dos bens deixado pelo *de cujus*, se positivado ficou não haver ela contribuído efetiva e diretamente para aquisição dos mesmos. Mas, em se tratando de união duradoura, com convivência *more uxório* por longos anos, durante os quais a mulher se dedicou-se inteiramente a extinto consorte, cuidando do lar e da família, dando-lhe apoio moral e satisfação pessoal, é justo que se lhe garanta, a título de amparo social, o direito real a habitação, em caráter vitalício, sobre o imóvel no qual co ele residia e onde ainda permanece morando. Apelo parcialmente provido (TJRJ, AC 1283/95, 8ª Câmara. Civ., j. 05.09.1995. rel Des. Laerson Mauro).

Concubinato – Meação dos bens – União estável e duradoura com outra mulher na constância do casamento – Efetiva existência da sociedade de fato – perfeita distinção entre a vida conjugal da família de fato e a de direito – Restrição da meação da concubina ao único imóvel em que convivia com o falecido companheiro – Recurso provido para este fim – Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência *more uxória*, contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços doméstico, admissível o reconhecimento da existência da sociedade de fato e do conseqüente direito a partilha patrimonial (TJSP, AC 217.102-1, 2ª Câmara. Civ., j. 06.12.1994, v.u., rel. Des. J. Roberto Bedran).

Desta forma entende-se que anteriormente ao Código Civil de 2002 os Tribunais compreendiam que não tinha o companheiro direito em usufruir do patrimônio que não tenha contribuído diretamente. Assim, negada qualquer direito referente a contribuição realizada indiretamente, o companheiro que abdicou tempo e dedicação para zelar do patrimônio do falecido, apenas oportunizava ao outro a oportunidade de galgar fortuna. Observam-se nos entendimentos anteriores ao Código Civil de 2002 que os Tribunais possuíam cautela para não criar injustiças, e determinavam o devido amparo ao companheiro que abdicou tempo de vida, eis que proporcionou condições, diretas ou indiretas, para a aquisição de bens por seu falecido companheiro.

Entre os direitos reconhecidos pela jurisprudência, Euclides de Oliveira (2003, p. 201) cita o direito à partilha dos bens contraídos com esforço comum, matéria esta com caráter obrigacional e objeto de Súmula do Supremo Tribunal Federal². O que segundo o autor não era direito sucessório:

² Súmula 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Não se trata de reconhecimento de direito à herança, mas de participação equiparável à meação patrimonial (mas nem sempre meação, ou metade dos bens, pois a divisão se fazia em percentual variável, conforme a contribuição prestada pelo interessado).

Entretanto, no que diz respeito ao direito sucessório, restavam aos companheiros somente as disposições testamentárias como forma de beneficiamento do companheiro sobrevivente. Quanto às disposições testamentárias relativas ao companheiro, o Código Civil de 1916 previa, ainda, em seu artigo 1.719, inciso III, a vedação da nomeação da concubina do testador como herdeira ou legatária, ou seja, proibia o homem casado de testar em benefício de sua concubina³.

No campo do direito sucessório, somente foram reconhecidos direitos ao companheiro com a edição da Lei n.º 8.971/94, que previu tratamento parecido ao estabelecido ao cônjuge pelo Código Civil de 1916, assim tanto a Lei quanto o Código Civil de 1916 previa que seriam chamados a suceder os descendentes; na falta deles, os ascendentes; e na falta deles, o cônjuge pelo Código Civil de 1916, artigo 1.603, e o companheiro pela Lei 8.971/94, artigo 2º.

Friza-se que na Lei n.º 8.971/94 o companheiro era preferido aos colaterais.

Outro direito sucessório conferido ao companheiro pela referida Lei era o direito ao usufruto, nas condições estipuladas pelo artigo 2.º, inciso I, quais sejam, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto sobre a quarta parte dos bens, se houvesse filhos, e sobre metade, se, não havendo filhos, houvesse ascendentes com direito à herança. Já a Lei n.º 9.278/96, que não revogou os dispositivos da Lei anterior, apenas acrescentou o direito real de habitação ao imóvel residencial da família, enquanto o beneficiário vivesse ou enquanto não constituísse nova união (art. 7.º, parágrafo único).

Cabe-nos, aqui, estabelecer uma distinção entre o direito real de habitação e o usufruto. Enquanto no usufruto o usufrutuário dispõe do uso e gozo do

³ Cabe-nos lembrar que a figura da concubina possuía dois significados: a denominação equivalente à figura atual do companheiro, e um sentido pejorativo equivalente à figura da amante. Como vimos, somente com a edição do atual Código Civil esta distinção ficou superada, prevendo expressamente o artigo 1.727 tratar-se de concubinato apenas as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar.

imóvel, no direito real de habitação o beneficiário só possui o direito de habitar o imóvel, sem poder emprestá-lo ou alugá-lo, conforme definição de Silvio Venosa:

Usufruto, uso e habitação são direitos de gozo ou fruição sobre coisa alheia, merecendo estudo conjunto, pois uso e habitação são institutos mais restritos, porém, da mesma natureza, regidos pelo conteúdo geral mais amplo de usufruto. [...] usufruto é um direito real transitório que concede a seu titular o poder de usar e gozar durante certo tempo, sob certa condição ou vitaliciamente de bens pertencentes a outra pessoa, a qual conserva sua substância. [...] O direito de habitação é ainda mais restrito. É atribuído ao habitador o direito personalíssimo e temporário de residir em imóvel, não podendo ser cedido nem mesmo seu exercício. (Silvio Venosa 2005, p.483).

Contudo, segundo alguns autores, como por exemplo Euclides de Oliveira, ao se estabelecer uma comparação entre o direito de usufruto então vigente para o cônjuge no Código Civil de 1916 e o direito real de habitação estabelecido para o companheiro na Lei n.º 9.278/96, observa-se uma sensível distinção que representaria um favorecimento ao companheiro. Isto porque, o direito real de habitação do cônjuge só existia se o casamento fosse regido pelo regime da comunhão universal de bens somado à restrição de ser o único bem da espécie a inventariar, limitação esta não imposta ao companheiro.

O citado doutrinador Euclides de Oliveira critica esta distinção, tentando explicar o motivo pela qual ocorreu, ao dispor que:

Essa distinção não guarda sentido diante da igualdade de tratamento a que fazem jus. Explica-se pela aparente intenção do projeto que redundou na Lei n.º 9.278/96 de atribuição ao companheiro, no plano sucessório, tão-só o direito de habitação. Sucede que, enquanto aquele projeto, de 1.991, dormitava nas prateleiras do Congresso, acabou se estremeando e obtendo aprovação a Lei n.º 8.971/94, que estabeleceu os direitos maiores, a herança e usufruto. A somatória de benesses acabou favorecendo em demasia os partícipes de união estável, dando-lhes mais direitos que aos casados. (Euclides de Oliveira, 2003, p. 209)

Contudo, no que tange ao artigo 1.611, parágrafo 1º, do Código Civil de 1916, não há maiores problemas, já que prevê igualmente o direito real de habitação. As discussões surgem em relação ao parágrafo 2º do referido diploma legal, que como já vimos, prevê o direito ao usufruto. Dias (2015, p256) leciona que:

O silêncio do Código Civil sobre o direito real de habitação na união estável não inibe o seu reconhecimento. Permanece existindo por força do dispositivo legal que não foi revogado (L.9.278/96 art. 7º parágrafo único). Ao depois, cabe invocar até o princípio da isonomia. No casamento

expressamente esta previsto o direito real de habitação (CC 1.831), nada justificando não assegurar o mesmo direito na união estável (DIAS, 2015, p 256)

Ainda nas palavras de Pereira (2015, p 687):

Embora o Código Civil não tenha estendido o direito real da habitação sobre o imóvel destinado à residência da família ao sobrevivente da união estável, o artigo 2045 da lei civil não revogou expressamente a Lei 9.278/1996 cujo parágrafo único do art. 7º confere a união estável o direito real de habitação. E de acordo com o artigo 2º da Lei de introdução as Normas do Direito Brasileiro, a lei posterior só revoga a anterior quando expressamente o declare; quando com ela seja incompatível; ou quando regule inteiramente a matéria. Portanto tecnicamente segue em plena vigência a Lei nº 9.278/1996 naquilo que não for incompatível com o Código Civil, como sucede em relação ao direito real de habitação na união estável quando prevista para o casamento. (PEREIRA, 2015, p687)

Em relação à Lei n.º 9.278/96, cumpre salientar, que houve uma alteração no conceito de união estável. Esta alteração, segundo o já citado doutrinador Euclides de Oliveira, é aplicável, também, em relação ao direito sucessório do companheiro, Entretanto com a edição do Código Civil a união estável encontra-se em um capítulo próprio, possuindo também um dispositivo sucessório distinto.

Assim, compreende Gonçalves (2015, p 189) que restam porem, tacitamente revogadas as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 pela inclusão da matéria no Código Civil de 2002, constando o título de união estável no Livro De Família em cinco artigos (1723 a 1727) e tratando da obrigação alimentar no artigo 1694 e a sucessão no artigo 1790. Não fazendo menção ao direito real de habitação.

A previsão do artigo 1790 do Código Civil Atual que traz que deve o companheiro concorrer na herança com os parentes colaterais do falecido tem sido alvo de críticas, pois conforme a norma constitucional possui o cônjuge direito a igual proteção dada ao cônjuge (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 557,558), tendo em vista que sucessão do cônjuge ocorre de forma distinta, estando o conjuge em ordem hereditária preferencial.

3 DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE

Para compreensão do tema, faz-se imperioso analisar as disposições concernentes ao cônjuge antes e após a entrada em vigor do atual Código Civil. Isto porque é necessário conhecer a legislação aplicável à situação semelhante, visto que o cônjuge e o companheiro são chamados a suceder em decorrência da constituição de entidade familiar.

Mesmo para quem entenda que a união proveniente do casamento e da união estável não deva ter direitos iguais, conhecer as disposições relativas ao cônjuge é de grande importância para se ter um parâmetro de quão desprotegido poderia estar o companheiro.

No direito sucessório previsto no Código Civil de 1916, o cônjuge era apenas o terceiro na ordem de vocação hereditária, no qual o artigo 1.603 estabelecia a seguinte ordem: primeiro eram chamados a suceder os descendentes, seguidos dos ascendentes, ao cônjuge sobrevivente, aos colaterais e, por fim, aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Observa-se, primeiramente, que, no atual Código Civil, os Municípios, Distrito Federal e a União não constam mais, acertadamente, como herdeiros legítimos. Notamos, ainda, que, mesmo o cônjuge antecedido pelos descendentes e ascendentes, precedia aos colaterais. Ainda, além de não concorrer com os descendentes e os ascendentes, no Código Civil de 1916, o cônjuge não figurava no rol do artigo 1.721 como herdeiro necessário. Razão pela qual podia ser excluído totalmente da herança por simples testamento.

O cônjuge sobrevivente herda em concorrência com outros sucessores, em circunstâncias particularmente estabelecidas em leis especiais. Mas sempre no pressuposto de não haver o cônjuge deixado testamento, pois que, em tal caso, a herança defere-se na observância às disposições de última vontade e não na conformidade dos mandamentos legais. (PEREIRA, 2002, p. 73)

Quanto às leis especiais acima referenciadas por Caio Mário da Silva Pereira, deixaremos de analisá-las por entendermos desnecessárias a compreensão

do tema analisado, que visa, tão somente, examinar a legislação pertinente ao cônjuge para compará-la àquela prevista ao companheiro.

Inácio de Carvalho Neto aponta a possibilidade de exclusão do cônjuge da sucessão como fato motivador para o legislador incluir o direito ao usufruto e ao direito real de habitação no Código Civil de 1916.

Para obviar algumas situações extremas, em que o cônjuge poderia ficar completamente desassistido após a morte do seu consorte, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) criou o usufruto viual e o direito real de habitação, inserindo-os, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 1.611 do Código Civil. (CARVALHO NETO,2002, p.29)

O usufruto viual era previsto para o cônjuge casado no regime que não o da comunhão universal de bens, o qual tinha direito à quarta parte dos bens do falecido se houvesse filhos, do casal ou do de cujus, e à metade, se não houvesse filhos. No entanto, se o cônjuge fosse casado no regime da comunhão universal de bens, teria, somente, direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família, desde que fosse o único bem desta natureza a inventariar.

Lembramos, por fim, que as distinções entre direito real de habitação e usufruto já foram analisadas anteriormente.

Atualmente a regra geral que disciplina a sucessão do cônjuge está prevista no artigo 1.829, artigo que inicia o Título II (da sucessão legítima) do Capítulo I (da ordem de vocação hereditária), do Código Civil atual.

Contudo, antes de analisarmos o artigo 1.829 do atual Código Civil, entendemos necessário abordarmos, primeiramente, a figura da meação, diante da importância deste instituto de Direito de Família, quando nos referimos ao direito sucessório do cônjuge e também do companheiro.

A meação diz respeito ao regime de bens e está relacionada diretamente ao rompimento do vínculo patrimonial existente entre o homem e a mulher casados, ou em união estável, no regime da comunhão universal ou parcial de bens ou, ainda, no regime da participação final nos aquestos. Com a morte de um dos cônjuges ou companheiros desfaz-se o vínculo patrimonial e, igualmente, abre-se a sucessão. Os dois institutos, nesta hipótese, tornam-se muito próximos.

Inácio de Carvalho Neto, ao distinguir meação de sucessão, dispõe que meação e sucessão não se confundem:

Na meação, os bens já pertencem ao sobrevivente, embora eventualmente estejam em nome do falecido. Já na sucessão não, os bens pertenciam ao de cujus, sendo-lhe deferida a título de transmissão gratuita causa mortis. (CARVALHO NETO, 2002, p.29)

Após este breve relato do que seja a meação, podemos examinar o artigo 1.829 do atual Código Civil com maior propriedade. Por este artigo, o cônjuge passou a concorrer com os descendentes e ascendentes do autor da herança na proporção que passamos a analisar.

O cônjuge casado no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória de bens não concorrerá com os descendentes. Já o casado no regime da comunhão parcial de bens concorrerá em relação aos bens particulares deixados pelo autor da herança, tendo em vista a existência da meação dos bens comuns (Oliveira, 2005, p. 35).

Tocante ao regime de participação final nos aquestos (que constitui novidade introduzida pelo vigente Código Civil), pela similitude com o da comunhão parcial quanto aos efeitos finais da apuração da meação sobre os bens havidos durante a convivência (por isso comuns, sujeitos à meação), subentende-se que a hipótese comporta a mesma solução ditada na lei para a concorrência sucessória do cônjuge casado no regime comunitário, ou seja, concorrência incidente apenas sobre os bens particulares do autor da herança. (OLIVEIRA, 2005, p.35.)

Quanto ao regime da separação convencional de bens – aquele instituído por pacto antenupcial – tem prevalecido o entendimento de que o inciso I do artigo 1.829 não restringiu a participação na herança, muito embora haja entendimentos contrários como o esposado por Miguel Reale.

A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão “separação obrigatória” aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641. (REALE, 2003 p. 63.)

Ainda em relação à concorrência com os descendentes, o cônjuge terá direito à quota não inferior à quarta parte da herança, se concorrer com descendentes comuns, conforme previsão do artigo 1.832. Existe controvérsia no caso do cônjuge concorrer com descendentes comuns e exclusivos do falecido, já

que o legislador não dispôs expressamente se, neste caso, o cônjuge tem garantida a reserva da quarta parte da herança.

A doutrinadora Giselda Maria Fernandes Novaes Hirokada (2009, p.441) critica esta falta de previsão ao analisar as três hipóteses possíveis de aplicação: manter a reserva da quarta parte como se todos fossem descendentes comuns; não manter a reserva considerando todos descendentes exclusivos; e, por fim, estabelecer uma composição híbrida, subdividindo-se proporcionalmente a herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo.

De qualquer das formas, ao que parece, na ocorrência de uma hipótese real de sucessão de descendentes que pertencessem aos dois distintos grupos (comuns e exclusivos) em concorrência com o cônjuge sobrevivente, não haveria solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo, o que parece reforçar a idéia de que, para evitar uma profusão de *inadequadas soluções* jurisprudenciais futuras, o ideal mesmo seria que o legislador ordinário revise a construção legal do novo Diploma Civil brasileiro para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive as *hipóteses híbridas* (como as tenho chamado) evitando o dissabor de *soluções* e/ou *interpretações* que corresse exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermenêuta, mas considerando tudo aquilo que, a princípio, norteou o ideal do legislador, formatando o *espírito* da norma. (HIRONAKA, 2003, p. 441)

Enquanto as alterações sugeridas pela autora não vêm, Euclides de Oliveira (2005, p.35) sustenta a interpretação restritiva do artigo 1.832, aplicando-o apenas nas hipóteses de concorrência exclusiva com os descendentes comuns.

Assim, verifica-se que mesmo sendo confusa a divisão patrimonial regulada pelo Código Civil entre o cônjuge e os descendentes ou ascendentes do *de cujus*, a partilha sempre ocorrerá de forma a proteger o cônjuge, resguardando e garantindo os seus direitos, conforme leciona Cristiano Sobral (2014, p. 1141):

Nota-se que a divisão *per capita*, regra geral a ser aplicada quando o cônjuge concorre com descendentes, deixa de ser aplicada quando o autor da herança deixar quatro filhos ou mais. Ultrapassado o número de três descendentes, a divisão não se pode fazer por cabeça e deve sempre salvaguardar ao cônjuge pelo menos um quarto da herança, salvo se não for "ascendente dos herdeiros com que concorrer".

Por conseguinte, se não houver descendentes, o cônjuge concorrerá com os ascendentes, independentemente do regime de bens, sendo-lhe assegurado um terço da herança se concorrer com ascendentes em primeiro grau e a metade se

concorrer com apenas um ascendente de primeiro grau ou com os de grau superior (art. 1.837);

Ainda, o cônjuge herdará a totalidade da herança se não houver descendentes e ascendentes do autor da herança, vez que o cônjuge está incluído no rol de vocação hereditária, e conforme ensina Gonçalves (2012, p. 127) possui esta garantia mesmo se separada de fato, desde que a menos de dois anos, do *de cuius*: “a herança de pessoa que tenha falecido enquanto casada ou separada de fato há menos de dois anos será deferida, por inteiro, ao cônjuge sobrevivente, que ocupa sozinho a terceira classe da ordem da sucessão hereditária”.

Neste mesmo sentido, Sobral (2014, p. 1144) traz que os direitos do cônjuge estão garantidos pelo artigo 1836 do Código Civil:

À luz do que dispõe o art. 1.836 da Lei, na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas. Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra metade aos da linha materna. No concurso entre cônjuge sobrevivente e ascendente em primeiro grau, fará jus o primeiro a um terço da herança; se concorrer com um ascendente só ou de grau superior, terá ele direito à metade da herança.

Na falta de descendentes e ascendentes será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, pois o mesmo é herdeiro, independentemente do regime de bens adotado no casamento.

Menciona-se também como evolução no direito sucessório do cônjuge, conferido pelo atual Código, à elevação do cônjuge à categoria de herdeiros necessários, o que conforme Venosa (2004, p. 123):

Fazem jus a tal denominação em virtude de não poderem ser afastados, inteiramente, da sucessão, a não ser nas hipóteses excepcionais de deserdação ou indignidade. Realmente, a lei impede o testador, que tiver descendente, ascendente, ou cônjuge, de dispor, por testamento, de mais da metade de seus bens (VENOSA, 2004, p. 123)

Desta forma, o cônjuge passou a ter a proteção de não se ver totalmente excluído da sucessão, representando uma evolução considerável, fruto de uma tendência, enfim consolidada pelo atual Código.

Entretanto, posiciona-se Luiz Felipe Brasil Santos (2005, p.189) contrariamente, ao aduzir que o artigo 1.845 não deveria ter sido alterado,

mantendo-se como herdeiros necessários somente os descendentes e os ascendentes:

A proposta que ora se formula busca manter como herdeiros necessários apenas os descendentes e os ascendentes, afastando os cônjuges, isso pela preocupação em deixar de lado, ao máximo, interesses meramente patrimoniais na celebração do casamento. Não se justifica que, em tempos onde a mulher busca – e alcança de modo cada vez mais efetivo – sua autonomia, venham os cônjuges a ser incluídos como herdeiros necessários, regra que reflete uma preocupação tutelar em descompasso com a realidade hodierna. (SANTOS, 2005, p.189)

Entretanto, alterou-se, também, o direito real de habitação do cônjuge. Antes, como visto, era conferido ao cônjuge usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido se não fossem casados no regime de comunhão universal de bens, uma vez que quem era casado neste regime possuía o direito real de habitação do imóvel residencial, se fosse o único a inventariar.

Atualmente, este direito pode ser deferido de forma integral, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Direito Civil. Direito de família e sucessão. Direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. Reconhecimento mesmo em face de filhos exclusivos do de cujos.

1 – O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos.

2 – Recurso Especial improvido (Resp n. 1.134.387/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, rel. p/Acórdão Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. em 16.04.2013, **DJe**, 29.05.2013).

Esta interpretação não se trata de um retrocesso, já que antes os benefícios conferidos ao cônjuge eram menores do que os conferidos atualmente, não se justificando a manutenção do usufruto, passando, então, acertadamente o legislador a disciplinar o direito do cônjuge, eis que se trata de direito real de habitação no artigo 1.831, independentemente do regime de bens e da concorrência com os descendentes.

Observado o regime conferido ao cônjuge, passaremos à análise do regime atual estabelecido ao companheiro, para, ao final, fixarmos algumas das diferenças existentes entre ambos.

4 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO ARTIGO 1790 DO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Tendo em vista a evolução que vinha ocorrendo no tratamento da sucessão decorrente de união estável, a edição do Código Civil de 2002 causou muita repercussão. Repercussão esta que ainda pode ser verificada nas obras de maior relevância sobre o tema, isto porque, esperava-se um avanço que não ocorreu. Alguns autores entendem, até mesmo, que houve um retrocesso em relação à legislação vigente à época, entre eles Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2015, p. 489) que dizem:

O Código Civil de 2002 modificou, sensivelmente, as regras sucessórias entre os companheiros, alterando, sobremaneira, a sistemática vigente nas Leis nº 8971/94 e 9278/96. E o que é grave: modificou para muito pior. (FARIAS; ROSENVALD; 2015, P.489)

Entretanto, Salomão de Araújo Cateb faz um alerta quanto à afirmação de ter o Código Civil atual retrocedido em comparação às Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, por entender que as mesmas não outorgavam tão largos direitos aos companheiros. “O que, realmente, houve foi precipitada interpretação dirigida de alguns doutrinadores interessados, conduzindo a opinião pública para incorreta seara” (CATEB, Salomão de Araújo, 2002, p. 229.).

No entanto, retrocedendo ou não, o Código Civil atual, ao tratar da sucessão decorrente de união estável, incorre em muitas falhas, o próprio relator do projeto do Código Civil Ricardo Fiúza, na parte introdutória da obra “Novo Código Civil Comentado”, da qual é o coordenador, admite que há falhas no Código Civil de 2002.

Finalizando, não posso deixar de reconhecer que um trabalho dessa magnitude, com mais de 2.000 artigos, não se pode esperar perfeito. É claro que haverá imperfeições, falhas, omissões. Mas essas imperfeições são justamente o apanágio de toda a obra humana e daquele princípio que é um dos mais verdadeiros da sabedoria popular: “É melhor ter o bom do que esperar o ótimo”, porque raramente se chega ao ótimo. Pena que algumas dessas críticas, que são verdadeiras, corretas, não tenham sido feitas antes, tendo em vista aquele nosso vício de, quando chamados a colaborar, não

colaboramos, e, depois, quando vemos sair o trabalho elaborado, todos nós nos tornamos críticos. (FIUZA, 2003, p. XXXI)

Com todo o nosso respeito ao ilustre jurista e então Deputado Federal, lembramos que as críticas formuladas em relação ao direito sucessório são as mais intensas, muito provavelmente, em conseqüência da evolução que a legislação anterior vinha sofrendo, no que diz respeito à sucessão decorrente da união estável, pois segundo a autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a regra do artigo 1.790 do Código Civil está mal colocada.

Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situado no capítulo referente à ordem de vocação hereditária. (HIRONAKA, 2003, p425)

Regra esta que não constava do Anteprojeto de 1975, sendo acrescida quando da aprovação do projeto pelo Senado Federal, por força da Emenda n.º 358. Passando o artigo 1.790 do Código Civil atual a ter a seguinte redação:

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

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

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

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

IV – Não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

No entanto, Aldemiro Rezende Dantas Júnior critica a forma como se deu a inserção da matéria no atual Código Civil.

Com efeito, como se sabe, o projeto que acabou resultando no atual Código Civil havia simplesmente ignorado a sucessão na união estável, e coube ao Senador NELSON CARNEIRO, na emenda de n.º 358, propor a introdução do referido dispositivo. Para tanto, inspirou-se no que constava do projeto de ORLANDO GOMES, de 1965, com o resultado desastroso que pode facilmente ser imaginado, face à completa discrepância dos valores sociais vigentes em duas épocas tão díspares. (DANTAS JÚNIOR, 2005, p. 130.)

Independentemente da forma pela qual foi introduzido o artigo 1.790, o fato é que este está vigente, razão pela qual, devemos analisá-lo para que possamos aplicá-lo da melhor a propiciar a melhor igualdade possível.

4.1 Breve apresentação do previsto no Artigo 1.790 do Código Civil Atual

Como atualmente a sucessão do companheiro se processa na forma estabelecida no artigo 1.790 do Código Civil, passaremos à uma breve análise deste artigo, iniciando-se pelo *caput*. Na opinião de Mauro Antoni “a questão fundamental para análise do art.1790 é saber se a Constituição Federal permite ao legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada o cônjuge e o companheiro em matéria sucessória” (GODOY *et al*, 2013, p. 2147).

No entanto, o artigo 1790 do código Civil em seu *caput* provoca grande diferenciação entre o cônjuge e o companheiro, pois traz em seu texto, ressalvado o seu direito de meação, traz que o companheiro herda apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

O que é explicado por Cristiano Sobral (2014, p. 1123) ao trazer que “o(a) companheiro(a) passa a concorrer ao direito de herança somente na condição apresentada pelo artigo 1790, não possuindo qualquer participação na herança de bens adquiridos antes ou graciosamente”.

Previsão incoerente, uma vez que o companheiro já tem direito à meação, visto a aplicação do regime de comunhão parcial de bens as uniões estáveis, ressalvada a hipótese de contrato escrito entre os companheiros dispendo de forma diversa (art. 1.725); fazendo jus também a herança dos bens particulares, segundo instrui Oliveira:

Não se compreende a limitação do direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando se considera que o companheiro já tem direito de meação sobre tais bens, em face do regime da comunhão parcial previsto no art. 1.725 do Código Civil. Deveria beneficiar-se da herança, isto sim, apenas sobre os bens particulares do falecido, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente (OLIVEIRA, 2005, p39)

Os direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros devem ser igualitários, vez que pacientes de uma mesma situação, possuindo iguais deveres,

deve-se proporcionar idênticos direitos e tratamento, inclusive no âmbito sucessório, segundo ensina Tartuce (2015, p. 1080):

Pode-se afirmar que o companheiro é meeiro e herdeiro, eis que, no silêncio das partes, vale para a união estável o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC).

Cumprido destacar que tais premissas foram adotadas e citadas em recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“Recurso especial. Direito das sucessões. Arts. 1.659, VI, e 1.790, II, ambos do Código Civil. Distinção entre herança e participação na sociedade conjugal. Proporção do direito sucessório da companheira em relação ao do descendente exclusivo do autor da herança. 1. Os arts. 1.659, VI, e o art. 1.790, II, ambos do Código Civil, referem-se a institutos diversos: o primeiro dirige-se ao regime de comunhão parcial de bens no casamento, enquanto o segundo direciona-se à regulação dos direitos sucessórios, ressoando inequívoca a distinção entre os institutos da herança e da participação na sociedade conjugal. 2. Tratando-se de direito sucessório, incide o mandamento insculpido no art. 1.790, II, do Código Civil, razão pela qual a companheira concorre com o descendente exclusivo do autor da herança, que deve ser calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência, excetuando-se o recebido mediante doação ou herança. Por isso que lhe cabe a proporção de 1/3 do patrimônio (a metade da quota-parte destinada ao herdeiro). 3. Recurso especial parcialmente provido, acompanhando o voto do Relator” (STJ, REsp 887990/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.^a Turma, j. 24.05.2011, *DJe* 23.11.2011).

Assim, além de desconexa com a existência do direito à meação, esta regra impõe verdadeira limitação, se comparado ao regime jurídico aplicado ao cônjuge, principalmente quando se verifica a concorrência com os colaterais, entendimento corroborado por Arnaldo Rizzardo em *apud* a Fernando Malheiro filho, que diz:

Desse modo o convivente somente será herdeiro, nas hipóteses em que a lei permitir-lhe o recebimento da herança, se comprovar cabalmente não só que manteve a união estável com o autor da herança, com os pressupostos e requisitos já estudados, mas também que a mesma união se mantinha em sua plena constância, a época do falecimento deste (RIZZARDO, 2014, p. 849).

Percebe-se desta forma que os doutrinadores visam inúmeras hipóteses que se tornam duvidosas com a existência do artigo 1790 do Código Civil de 2002 estabelecendo regras específicas próprias para o companheiro, distinguindo das regras aplicáveis ao cônjuge (FARIAS; ROSENVALD, 2015, P.489) regras que tratam especificamente da concorrência entre os demais herdeiros.

4.1.1 A Concorrência com os Descendentes

Passando-se à análise dos incisos primeiro e segundo do artigo 1.790 do atual Código, percebemos que estes incisos trazem regras, a princípio, simples. De acordo com o inciso primeiro, tem o companheiro direito a uma quota equivalente à que for atribuída aos filhos, se concorrer com filhos comuns. Ressalva-se que, diferentemente do que ocorre com o cônjuge, o companheiro que concorre com filhos comuns não tem garantido a quota não inferior à quarta parte da herança, prevista para o cônjuge no artigo 1.832. No entanto, o grande problema surge quando existirem descendentes comuns e descendentes exclusivos do autor da herança.

Pois o legislador deixou de prever expressamente referida hipótese, razão pela qual trouxe inúmeras indagações. A autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka trata deste tema exaustivamente, a autora faz a análise de quatro hipóteses possíveis de aplicação, quais sejam:

1ª proposta: identificação dos descendentes como se todos fossem filhos comuns, aplicando-se exclusivamente o inciso I do art. 1.790 do Código Civil [...]

2ª proposta: identificação dos descendentes como se todos fossem filhos exclusivos do autor da herança, aplicando-se, neste caso, apenas o inciso II do art. 1.790 do Código Civil [...]

3ª proposta: composição dos incisos I e II pela atribuição de uma quota e meia ao companheiro sobrevivente [...]

4ª proposta: composição dos incisos I e II pela subdivisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes 2003, p.430-432)

A cada análise realizada a autora chega à conclusão de que a proposta não poderia ser aplicada, pois mesmo apontando motivos, não se define uma solução. Porque uma proposta ou assegura a aplicação da igualdade entre os filhos, ou se aplica o inciso I ou o II isoladamente, uma vez que a composição dos incisos leva à desigualdade entre os filhos, situação inconcebível frente à Constituição da República Federativa do Brasil (art. 227, § 6º). Para Aldemiro Rezende Dantas Júnior, a solução é a aplicação isolada do inciso I, por duas razões:

Em primeiro lugar, a questão topográfica, ou seja, o legislador posicionou, em primeiro plano, a hipótese na qual o companheiro recebe quota igual à dos descendentes, o que nos parece indicar a prioridade da aplicação de tal hipótese sobre a outra. Em segundo lugar, por analogia com a situação do cônjuge, que, nessa mesma hipótese de concorrência híbrida, com descendentes comuns e exclusivos, receberá quota igual à dos descendentes, como se vê no art. 1.832. (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, 2005, p.136)

Coadunam com essa opinião Silvio Venosa e Mário Luiz Delgado Régis (VENOSA, Sílvio de Salvo., 2004, p.124 e RÉGIS, Mario Luiz Delgado., 2005, p.222); Tartuce visando prevenir desigualdades e injustiças (2015, p. 1081) esclarece que:

Nos termos do seu inc. I, se o companheiro concorrer com filhos comuns (de ambos), terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Por outra via, se concorrer com descendentes só do autor da herança (*descendentes exclusivos*), tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles. O equívoco é claro na redação dos incisos, uma vez que o primeiro faz menção aos filhos; enquanto que o segundo aos descendentes. Na esteira da melhor doutrina, é forçoso concluir que o inc. I também incide às hipóteses em que estão presentes outros descendentes do falecido. Nesse sentido, o Enunciado n. 266 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*: “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

Ressalta-se que possui posicionamento contrário Euclides de Oliveira, ao dispor que, ocorrendo à concorrência entre os descendentes ditos híbridos, aplica-se o inciso II do artigo 1.790, isoladamente.

A interpretação mais consentânea, em meio ao tumulto interpretativo da disposição em comento, será a de atribuir-se ao companheiro quota igual à dos descendentes apenas quando seja ascendente de todos os habilitados na herança. Na situação inversa, subsistindo filhos de outra origem, ainda que concorrendo com filhos em comum entre o autor da herança e o companheiro, a este tocaria somente metade de cada quota hereditária. (OLIVEIRA, Euclides de, 2005, p.40)

Já, Tartuce, em caso de sucessão híbrida (2015, p. 1081) explica que:

Mais uma vez, situação não descrita refere-se à *sucessão híbrida*, ou seja, caso em que o companheiro concorre, ao mesmo tempo, com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança.

Novamente, a *Torre de Babel* aparece, surgindo, sobre o problema, três correntes fundamentais bem definidas:

1.ª Corrente – Em casos de sucessão híbrida, deve-se aplicar o inciso I do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns, já que filhos comuns estão presentes. Esse entendimento é o majoritário na tabela doutrinária de Cahali: Caio Mário da Silva Pereira, Christiano

Cassettari, Francisco Cahali, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Silvio de Salvo Venosa.

2.^a *Corrente* – Presente a sucessão híbrida, subsume-se o inciso II do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem exclusivos (só do autor da herança). Este autor está filiado a tal corrente, assim como Gustavo René Nicolau, Maria Helena Diniz, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso. Ora, como a sucessão é do falecido, em havendo dúvida por omissão legislativa, os descendentes devem ser tratados como sendo *dele, do falecido*. Anote-se que julgado do TJSP adotou essa corrente, concluindo que entender de forma contrária violaria a razoabilidade: “Inventário. Partilha judicial.

Participação da companheira na sucessão do *de cuius* em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Concorrência da companheira com descendentes comuns e exclusivos do falecido. Hipótese não prevista em lei.

Atribuição de cotas iguais a todos. Descabimento. Critério que prejudica o direito hereditário dos descendentes exclusivos, afrontando a norma constitucional de igualdade entre os filhos (art. 227, § 6.^o, da CF/1988). Aplicação, por analogia, do art. 1.790, II do Código Civil. Possibilidade. Solução mais razoável, que preserva a igualdade de quinhões entre os filhos, atribuindo à companheira, além de sua meação, a metade do que couber a cada um deles. Decisão reformada. Recurso provido (TJSP, Agravo de Instrumento 994.08.138700-0, Acórdão 4395653, São Paulo, 7.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 24.03.2010, *DJESP* 15.04.2010). No mesmo sentido: TJSP, Agravo de Instrumento 652.505.4/0, Acórdão 4068323, São Paulo, 5.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken, j. 09.09.2009, *DJESP* 05.10.2009).

3.^a *Corrente* – Na sucessão híbrida, deve-se aplicar fórmula matemática de ponderação para a sua solução.

Verifica-se assim a existência de muitas controvérsias acerca do tema. No entanto, independentemente da solução adotada, o fato é que os incisos primeiro e segundo do artigo 1.790 do atual Código, que, a princípio, se mostram de fácil compreensão, possuem falha legislativa que pode gerar discussões e inconsistências no caso concreto.

4.1.2 A Concorrência com os Ascendentes

Não havendo descendentes, o companheiro concorrerá, conforme previsão do inciso terceiro do artigo 1.790 do atual Código Civil, com os demais parentes sucessíveis, tendo direito a 1/3 (um terço) da herança.

Primeiramente, lembramos que o companheiro, em decorrência do caput do referido artigo, só concorre aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Entretanto, terá, somente, direito a um terço do que foi adquirido onerosamente na vigência da união.

A expressão “demais parentes sucessíveis” se refere aos ascendentes e aos colaterais até o quarto grau, em analogia ao artigo 1.839 que prevê que serão chamados a suceder, se não houver cônjuge, os colaterais até quarto grau.

Em relação aos ascendentes, a sucessão do cônjuge e do companheiro difere sob dois aspectos: primeiro, a questão já levantada acima do companheiro herdar apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, e, segundo, o fato de o companheiro herdar 1/3 (um terço) da herança indistintamente. Isto porque, se compararmos com o cônjuge, este tem direito, como visto anteriormente, a 1/3 (um terço) da herança se concorrer com ascendentes de primeiro grau, ou seja, com o pai e a mãe do falecido (DANTAS JUNIOR, 2005, p.137). No entanto, se concorrer apenas com um dos ascendentes ou se com os demais ascendentes (segundo grau em diante), terá direito à metade da herança, conforme previsão do artigo 1.837 do atual Código Civil.

Para Aldemiro Rezende Dantas Júnior, buscou o legislador, na realidade, igualar a situação do companheiro ao do cônjuge, já que, como acabamos de verificar, se aquele concorrer com o pai e a mãe do autor da herança herdará um terço, o pai um terço e a mãe do *de cuius* o terço restante, em situação análoga ao do artigo 1.837, que prevê que o cônjuge herdará um terço da herança se concorrer com os ascendentes de primeiro grau, ou seja, o pai e a mãe do falecido.

Contudo, esqueceu-se o legislador do fato de que o companheiro herdará apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, o que deve se qualificar como meação e não herança. O referido doutrinador sustenta este posicionamento com base em parecer proferido quando da introdução da Emenda n.º 358 ao projeto do Código atual:

[...] foi essa a intenção do legislador, ou seja, tornar a concorrência do companheiro similar à do cônjuge, tanto assim que, no parecer do Senador JOSAPHAT MARINHO, em relação à Emenda n.º 358, foi dito expressamente que foi reduzida “a participação da companheira ou do companheiro a um terço da herança, para que não fique em situação superior à do cônjuge, em hipótese semelhante”. (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, 2005, p.137)

Concordando, no entanto, que se tratou de um equívoco do legislador. Além disso, deixou o legislador de estabelecer distinção entre os ascendentes de primeiro ou demais graus, como o fez em relação ao cônjuge, onde foi beneficiado em caso de concorrência com um ascendente de primeiro grau ou com os demais ascendentes de graus superiores.

Contudo, nem poderia o legislador ter realizado tal distinção, visto que deixou, até mesmo, de privilegiar o companheiro, deixando-o concorrer com os colaterais.

4.1.3 A Concorrência com os Colaterais

A previsão legal traz que concorrendo com os colaterais o companheiro terá direito, assim como acontece em relação aos ascendentes, a 1/3 (um terço) da herança. Quando da análise do inciso III do artigo 1.790, o doutrinador Silvio Rodrigues critica a concorrência do companheiro com os colaterais, entendendo que o companheiro deveria preferi-los, como ocorre com o cônjuge. Além disso, o referido doutrinador recrimina, ainda, a concorrência tão somente dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável:

Não vejo razão alguma para que o companheiro sobrevivente concorra — e apenas com relação à parte da herança que for representada por bens adquiridos onerosamente durante a união estável — com os colaterais do de cujus. Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com que viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento. (RODRIGUES, Silvio, 2006, p.119)

Da mesma forma, ao discorrer sobre o tema, Aldemiro Rezende Dantas Júnior censura o posicionamento do legislador, analisando uma hipótese de concorrência do companheiro com um primo do falecido:

Em tal situação, o companheiro supérstite receberia apenas um terço da herança, enquanto esse primo receberia os dois terços restantes (além de receber todo o patrimônio que o de cujus possuía anteriormente ao começo da união estável). Tal solução é ainda mais iníqua e inaceitável quando se observa que, atualmente, principalmente nas grandes cidades, muitas vezes

os primos nem ao menos se conhecem, face ao enfraquecimento das relações familiares entre os graus mais distantes do parentesco. (DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. 2005, p.137)

No entanto, em sentido contrário entende Mário Luiz Delgado Régis ao dispor que:

No que tange à justiça ou injustiça da norma, deve-se lembrar ter sido opção do legislador o tratamento díspar da sucessão do companheiro, sem que tal disparidade venha a representar discriminação, mas o pleno atendimento ao mandamento constitucional que, em momento algum, equiparou a união estável ao casamento. (RÉGIS, Mario Luiz Delgado, 2005, p.222)

No mesmo sentido, Miguel Reale entende ser proposital a situação inferior em que o companheiro foi colocado.

Tão significativa é a posição inferior da união estável em confronto com o casamento, que, em matéria sucessória, a companheira e o companheiro não são equiparados aos cônjuges, dispondo o art. 1.790 do CC que cada um deles participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável [...] Entenderam, com tais limitações, os membros do Congresso Nacional – a matéria não podia ter sido prevista pelos elaboradores do projeto de 1.975 – que, se os companheiros fossem em tudo equiparados aos cônjuges, não haveria razão para a conversão de sua união em casamento, objetivo final a ser atingido, segundo a ótica do legislador constituinte. (REALE, Miguel., 2003, p.73)

Contudo, Euclides de Oliveira lembra que na legislação anterior ao Código Civil atual o companheiro era preferido aos colaterais, representando para ele um verdadeiro retrocesso nos direitos dos companheiros:

Mas não se compreende que o companheiro se sujeite à concorrência dos demais parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais até o quarto grau. Trata-se de evidente retrocesso no critério no sistema protetivo da união estável, pois no regime da lei n.º 8.971/94 o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes. (OLIVEIRA, Euclides de. 2003, P.211)

Cabe-nos, ainda, ressaltar, que muitas das críticas que se estabelecem ao Código Civil atual dizem respeito à forte relação afetiva existente entre os companheiros, mais intensa que a existente entre os colaterais, o que não justificaria o tratamento previsto ao companheiro pelo Novo Código Civil.

A concorrência do companheiro com os colaterais pode gerar distorções na proximidade afetiva com o falecido, uma vez que se eleva à mesma categoria afetiva pessoas que, na maioria das vezes, representam figuras tão distintas na vida do *de cuius*.

Diferentes questões culturais são apontadas por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka para o fato de não testar sobre seu patrimônio, indicativo da aversão de se comentar sobre a possibilidade de morte, como se o fato de não comentarmos sobre ela gerasse seu afastamento — afastasse maus fluídos. (HIRONAKA,, 2003, p.420)

Outro acontecimento levantado pela doutrinadora referida acima, acompanhando os apontamentos de Zeno Veloso, é o fato de nossa legislação tratar de forma muito convincente a ordem de vocação hereditária.

O legislador brasileiro, quando produziu as regras gerais relativas à sucessão ab intestato, o fez de maneira muito primorosa, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o de cuius elencaria se, na ausência de regras, precisasse produzir testamento. Poder-se-ia dizer, como o fez antes, na França, Planiol, que a regulamentação brasileira a respeito da sucessão ab intestato opera assim como se fosse um 'testamento tácito' ou um 'testamento presumido', dispondo exatamente como o faria o de cuius, caso houvesse testado. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, 2003, p.421)

No entanto, não é isto que ocorre em relação à disposição do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil atual, podendo, com isso, ocorrer total diferenciação entre a vontade da lei que será aplicada ao caso concreto e a vontade do falecido se esta pudesse ser manifestada.

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4.º grau primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3.º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4.º grau do de cuius. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, 2003, p.428)

O leigo, em geral, não conhece exatamente o que o legislador previu e desta forma não tem conhecimento do que pode ocorrer quando da abertura da

sucessão, principalmente em relação à concorrência dos colaterais com o companheiro, hipótese que pode ser considerada a mais distorcida em nosso ordenamento e ser totalmente contrária a vontade do falecido.

Além do simples fato de se chamar à sucessão os colaterais, outro problema se apresenta: a concorrência do companheiro somente em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, com isso, chega-se ao absurdo de privilegiar os colaterais em detrimento do companheiro que compartilhou sua vida com o falecido.

As sucessão do companheiro prevista no artigo 1790 do Código Civil é um tema problemático em razão de que não existe unanimidade quanto a nenhuma de suas normas (DONIZETTI; QUINTELLA, 2014, p. 1154). Solução que se apresenta para correção da previsão legal é o de testar. Contudo, não se pode buscar uma solução tão inócua para uma situação que pode causar tantas injustiças.

Além disso, atenta-se para o fato de que os colaterais não estão elencados no rol dos herdeiros necessários do artigo 1.845 do Código Civil. Desta forma, observando-se o disposto no artigo 1.789 do mesmo diploma legal, o testador pode testar a totalidade de seus bens, excluindo, assim, os demais parentes sucessíveis da herança, quando não houver herdeiros necessário (herdeiros necessários são os que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do testador, sendo-lhes garantida a sucessão da metade dos bens da herança).

No entanto, da mesma forma, pode o sucedido testar a totalidade de seus bens, excluindo o companheiro que foi preterido à categoria de herdeiro necessário, ao contrário do que ocorreu com o cônjuge, que foi elevado à categoria de herdeiro necessário pelo atual Código Civil, representando outra divergência da legislação atual.

4.1.4 A Sucessão Isolada do Companheiro

Em não havendo parentes sucessíveis, o companheiro é chamado a suceder isoladamente, em decorrência da previsão do inciso quarto do artigo 1.790.

Contudo, a regra de que os incisos estão vinculados ao *caput* do artigo traz, em relação ao inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil atual, inúmeras discussões. Euclides de Oliveira discorre que:

O direito à totalidade da herança somente é reconhecido em favor do companheiro sobrevivente se não houver herdeiros sucessíveis. Mesmo nesta hipótese, contudo, a sucessão do companheiro restringe-se aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência por força da disposição do *caput* do art. 1.790 [...] nada poderá reclamar o companheiro quanto aos bens particulares do de cujus, que serão arrecadados como herança jacente, a converter-se em herança vacante, com adjudicação ao Município da localização dos bens. (OLIVEIRA, Euclides de., 2003, p.23)

No entanto, a jurisprudência entendia que os colaterais deviam ser afastados da herança, entregando-se esta na totalidade para o companheiro, conforme princípio da igualdade e previsão do artigo 2, inciso III da Lei 8971/1994:

AGRAVO LEGAL. PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE 1916. PRELIMINARES. INTEMPESTIVIDADE. IRRECORRIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REJEITADAS. DIREITO SUCESSÓRIO. RENÚNCIA ABDICATIVA. INEXISTÊNCIA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES DO AUTOR DA HERANÇA. COMPANHEIRO. TOTALIDADE DA HERANÇA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO À UNANIMIDADE - Deflui dos autos, que a decisão impugnada mediante Agravo de Instrumento restou acostada aos autos em 30.05.2012 [fls. 252 dos autos do inventário], ocorrendo o dies a quo em 31.05.2012, e findando em em 10.06.2012 [domingo], prorrogando-se para o primeiro dia útil subsequente [art. 184, CPC], qual seja, 11.06.2012, portanto, interposto dentro do prazo legal; Não é o fato de a decisão interlocutória ser nominada de despacho que a torna irrecurável, mormente quando tem o condão de causar grave prejuízo a parte; A legitimidade ad causam é matéria de ordem pública, podendo ser analisada a qualquer tempo e grau de jurisdição; Inexistindo expressa menção a eventuais beneficiários no instrumento público de renúncia, a herança renunciada retorna ao monte mor para daí ser distribuída nas proporções predeterminadas pela lei; Havendo reconhecimento de união estável superveniente e inexistência de ascendentes ou descendentes do falecido, à sucessão aberta antes da vigência do Código Civil de 2002, aplica-se o disposto no art. 2º, inciso III, da Lei n.º 8.971/94, circunstância que garante ao companheiro a totalidade da herança e afasta a participação de colaterais do de cujus no inventário. Precedentes. Preliminares rejeitadas. Agravo improvido à unanimidade. (TJ-PE - AGV: 2764869 PE 0021023-37.2012.8.17.0000, Relator: Sílvio de Arruda Beltrão, Data de Julgamento: 20/12/2012, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04)

Nesta diapasão, Orlando Gomes, ao tratar do tema, entende que o termo companheiro já está incluído no artigo 1844 do Código Civil, recebendo o mesmo tratamento dado ao cônjuge.:

Apesar de o inciso aludir ao caput do artigo, que se atém somente aos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, cabe ao companheiro sobrevivente a totalidade dos bens, havidos a qualquer título, na constância ou não da união estável, caso não haja parentes com direito à sucessão. Essa interpretação se coaduna com o disposto no artigo 1.844, inserido no capítulo da ordem da vocação hereditária, que estatui que a herança somente é devolvida ao Estado se não houver cônjuge, companheiro, nem parente algum sucessível.(GOMES, Orlando. 2004, p.68).

Igual entendimento demonstra Nelson Nery Junior, argumentando existirem três motivos para tal percepção:

a) o CC 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o de cujus não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à totalidade da herança (CC 1790 IV), fugindo do comando do caput, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não constar do rol do CC 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.(NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade.2003, p.784).

Apesar das controvérsias, parece-nos incoerente, com toda a evolução por que passou a legislação sobre o tema, atribuir a herança ao Estado em detrimento do companheiro. Além disso, não se trata de ignorar a letra da lei, mas apenas interpretá-la, ao que nos parece, de forma coerente.

[...] a busca de um sentido prático para a norma não impede, e nem pode impedir, o intérprete de buscar contribuir para que se possa obter uma norma mais adequada àquela situação, quando a que consta do direito positivo se mostra inadequada para resolvê-la. (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. 2005, p.128)

Desta forma, cabe-nos esperar que a jurisprudência futura privilegie o companheiro, ao invés de declarar a herança vacante, até mesmo porque, como visto acima, possui argumentos coerentes neste sentido. Ademais, além do previsto no artigo 1.790 do atual Código Civil, outros apontamentos merecem ser estabelecidos a respeito da sucessão do companheiro.

5 APONTAMENTOS FINAIS SOBRE A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Como dito anteriormente, com a edição da Lei n.º 8.971/94, no que tange à concorrência com os parentes colaterais, a situação do cônjuge e do companheiro se equivaliam, pois, eram chamados a suceder na falta de descendentes e ascendentes, preferindo aos colaterais; contudo, com a edição do Código Civil atual, esta situação de igualdade não se manteve.

Além do cônjuge ter sido elevado à categoria de herdeiro necessário pelo artigo 1.845 do atual Código Civil, o artigo 1.831 do referido diploma legal previu o direito real de habitação, direito este não concedido ao companheiro.

Desta forma, o companheiro, que na legislação anterior possuía o direito real de habitação, teve seu direito suprimido, ao passo que o cônjuge deixou de ter o direito ao usufruto em caso de casamento sob o regime que não o da comunhão universal de bens (já que neste caso possuía somente o direito real de habitação), mas manteve o benefício do direito real de habitação, que, somado ao fato de ser herdeiro necessário, representou um avanço.

Sobre o direito de habitação em favor do companheiro, poder-se-ia argumentar com a subsistência do disposto no art. 7º, p. ún., da Lei n.º 9.278/96, enquanto não expressamente revogado pelo NOVO CÓDIGO CIVIL. O argumento se justifica em reforço à extensão analógica do mesmo direito assegurado ao cônjuge sobrevivente, mas restará sempre a controvérsia diante da regulamentação distintiva constante do novel ordenamento. (Oliveira, Euclides, 2003,p213).

Ainda que possível se questionar a aplicação da Lei n.º 9.278/96, pelos argumentos acima referendados por Euclides de Oliveira, o legislador deixou o companheiro em situação extremamente perigosa por a tornar incerta e até mesmo inexistente para alguns doutrinadores, como Inácio de Carvalho Neto, que sustenta:

A nova lei regula por completo a sucessão do companheiro e, embora possamos ver nisto um grande defeito da lei, o fato é que não lhe concede o direito real de habitação, pelo que nos parece estar tacitamente revogada a Lei da União Estável. (Carvalho Neto, Inácio, 2003 p 31)

Mesmo não havendo previsão no Código Civil atual a respeito do usufruto do companheiro, ressalta-se que, na época em que existia referida previsão, esta permanecia em perfeita consonância com a meação, isto porque o regime da união estável era condizente com os dois institutos, reforçando, assim, a tese de que a falta de previsão legal do usufruto do companheiro no atual Código é um retrocesso.

Por conseguinte, após a análise do direito sucessório do cônjuge e do companheiro, percebemos facilmente que a participação do companheiro em concorrência com os descendentes e ascendentes se dá em percentuais menores do que os previstos para o cônjuge. Além disso, há, ainda, a existência da distinção na sucessão com os colaterais. Neste ponto, como abordado ao longo do presente trabalho, os doutrinadores apontam a maior distinção entre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

Dentre as distinções existentes, Euclides de Oliveira aponta uma em favor do companheiro. Para o doutrinador:

Num aspecto, porém, apresenta-se vantajoso o direito sucessório do companheiro em relação ao do cônjuge viúvo. Diz com a cumulação, para o primeiro, dos direitos de meação e de herança, pois o art. 1790 do NOVO CÓDIGO CIVIL refere direito sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência. Diversamente, o cônjuge sobrevivente só tem direito a concorrer na herança com descendentes e ascendentes se não foi casado com o falecido no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência o companheiro já é meeiro, por força do regime da comunhão parcial de bens previsto no art. 1.725, que teve inspiração no art.5º da Lei n.º 9.278/96 (condomínio), salvo hipótese de contrato escrito dispondo de forma diversa. (Oliveira, Euclides, 2003,p213).

Mesmo concordando com a distinção apresentada pelo referido doutrinador, trata-se de distinção muito tênue, que não beneficia de forma a tornar igualitária a posição do companheiro com a do cônjuge. Contudo, concordamos com o ilustre doutrinador que afirma não haver motivos para a distinção entre companheiro e cônjuge, seja para beneficiar um ou outro. Para ilustrar seu posicionamento, Euclides de Oliveira traz o seguinte exemplo:

Ilustra-se com a situação de uma pessoa falecida que deixe um único bem adquirido onerosamente durante a convivência, herdeiro filho e companheira; a companheira receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho. Se o autor da herança fosse

casado, nas mesmas condições, o cônjuge-viúvo teria direito apenas a 50% pela meação, restando igual percentagem íntegra para o herdeiro filho. (Oliveira, Euclides, 2003,p.213).

Ocorre que, sem desmerecer as observações do autor, lembramos que nem sempre esta distinção favorecerá ao companheiro, como por exemplo, no caso de o de cujus possuir maior patrimônio isolado em comparação com o adquirido onerosamente na constância da união estável.

Lembra-se, ainda, que esta distinção se torna mais absurda se lembrarmos que se aplica a união estável o regime da comunhão parcial de bens naquilo que for compatível, conforme previsão do artigo 1.725 do atual Código, e colocar o cônjuge em posição de concorrência com os colaterais é ignorar o meio de união da maioria da população (FARIA e ROSENVALD, p. 576, 2013).

Razão pela qual não há fundamento em prever distinções entre o cônjuge casado em regime de comunhão parcial de bens e o companheiro, uma vez que deveria ser compatível, não fosse a opção do legislador em contrário.

Portanto, merecem críticas as disposições a respeito da sucessão no Código Civil atual, sendo injustificadas as disposições que o legislador fixou aos companheiros.

Como se verifica, o direito sucessório do companheiro é flagrantemente discriminatório, em comparação com a posição reservada ao cônjuge, nada justificando essa diversidade de tratamento legislativo quando todo o sistema jurídico, à luz da constituição, recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento. (Oliveira, Euclides, 2003,p.213).

Por fim, outro aspecto importante que se apresenta em relação ao cônjuge e ao companheiro é a questão sucessória quando houver separação de fato e união estável. Esta questão ganha ainda maior importância quando pensamos na situação de não haver descendentes e tão pouco ascendentes.

Neste ponto, mister transcrever o artigo 1.830 do atual Código Civil:

art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separado de fato de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Aqui, novamente, o legislador foi de encontro com aos anseios da sociedade ao falar em culpa.

Em um primeiro momento, chega-se à conclusão que o companheiro só herdará se houver separação de fato há mais de dois anos por culpa do cônjuge supérstite. Ocorre que tal solução não nos parece justa, no entanto, é apontada por muitos doutrinadores, como Euclides de Oliveira, como sendo a solução legal.

Não nos parece justo aplicar referida norma, por exemplo, no caso de uma pessoa que após um casamento de pouco duração, vem a se separar de fato sem culpa do outro cônjuge, passando a constituir união estável, e que após 15 anos de união venha a falecer, sendo atribuído o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente e não ao companheiro de longa data.

Para Mário Luiz Delgado Régis, em entendimento que nos parece acertado, deve-se compatibilizar os artigos 1.790, 1.829 e 1.830 do Código Civil.

Em suma, deve a participação do companheiro ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável. (REGIS, Mario Luiz Delgado, 2005 pag. 219).

Em relação à culpa, suscitada no artigo 1.830, observa o referido jurista que a sua comprovação deve fundar-se em prova produzida quando o falecido ainda era vivo, onde se tenha garantido o direito dele se manifestar.

No entanto, Luiz Felipe Brasil Santos defende que a solução seria a total modificação do referido artigo, eliminando tudo o que diz respeito à culpa, sendo afastado o direito sucessório do cônjuge conjuntamente com a separação de fato. Para o autor, a redação atual traz inúmeras dificuldades.

Primeiro, porque poderá dar ensejo a situações (sic.) de concorrência na sucessão entre um ex-cônjuge separado de fato e um companheiro, em decorrência de uma união estável, formada após a separação fática [...]. Segundo, porque admite que mesmo após ultrapassar dois anos de separação fática, o cônjuge remanesça com direito sucessório, desde que prove não ter sido culpado pelo afastamento do casal. A inconveniência dessa regra salta aos olhos! Se os inventários tradicionalmente constituem seara de acirrados conflitos (tanto maiores quanto mais robusto o montemor), facilmente imaginável o incremento na conflituosidade que decorrerá da possibilidade de discutir quem foi o culpado pela separação fática. Por evidente, que, tratando-se de questão de alta indagação, o tema deverá ser remetido para as vias ordinárias, com suspensão do inventário, que, assim, terá sua finalização lançada para as calendas gregas. (Santos Luiz Felipe 2005, p.188)

Enquanto não há uma definição única para o caso, esperamos que a doutrina e a jurisprudência se consolidem de forma a não privilegiar um em detrimento do outro, ou seja, sem que haja prejuízo para ambas as partes.

Por fim, lembramos que estas distinções ocorrem apenas no campo do direito sucessório, visto que no direito de família o legislador quis preservar a igualdade, ao instituir, para ambos, a regra geral do regime de comunhão parcial de bens, dentre outros direitos semelhantes; como bem observa Euclides de Oliveira, “no campo dos direitos a alimentos (art. 1.694) e meação (1.725), o companheiro é tratado em posição de igualdade com a pessoa casada, mas não assim na esfera do direito sucessório”(Oliveira Euclides de, 2003, p. 203)

No entanto enquanto não houver a revogação, a correção ou a declaração de inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça. (DONIZETTI; QUINTELA, 2014, p.1155) do artigo 1790 do Código Civil a problemática ainda estará presente.

Segundo Tartuce (2015, p. 1084) a questão da inconstitucionalidade já vem sendo arguida e discutida pelos tribunais, tendo respostas favoráveis ao entendimento de que a concorrência com os colaterais devem ser afastada:

Existem julgados que reconhecem a inconstitucionalidade somente do inc. III do art. 1.790, ao prever que o companheiro recebe 1/3 da herança na concorrência com ascendentes e colaterais até quarto grau . Repise-se que este autor é favorável à tese de inconstitucionalidade somente desse inciso, por ser mesmo desproporcional, desprestigiando a união estável. Nesse sentido: “Agravo de Instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Parentes colaterais. Exclusão dos irmãos da sucessão. Inaplicabilidade do art. 1.790, inc. III, do CC/2002. Incidente de inconstitucionalidade. Art. 480 do CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/2002, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3.º, da CF/1988, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade arguido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria” (TJRS, Agravo de Instrumento 70017169335, Porto Alegre, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 08.03.2007, DJERS 27.11.2009, p. 38). Concluindo do mesmo modo: TJSP, Agravo de Instrumento 654.999.4/7, Acórdão 4034200, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 27.08.2009, DJESP 23.09.2009 e TJSP, Agravo de Instrumento 609.024.4/4, Acórdão 3618121, São Paulo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 06.05.2009, DJESP 17.06.2009. A Corte Especial do Tribunal de Justiça do Paraná já seguiu tal entendimento, reconhecendo a inconstitucionalidade somente do inc. III do preceito (TJPR, Incidente de declaração de inconstitucionalidade 536.589-

9/01, da 18.^a Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Suscitante: 12.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Des. Sérgio Arenhart, j. 04.12.2009). Na mesma esteira, o Pleno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com a seguinte ementa de conclusão final: “Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 3.^o). Enunciado da *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida.

Procedência do incidente” (TJRJ, Arguição de Inconstitucionalidade 00326554020118190000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, OE – Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial, j. 11.06.2012). Decisão do ano de 2011 do Superior Tribunal de Justiça, seguindo a linha esposada, suscitou a inconstitucionalidade dos incs. III e IV do art. 1.790, remetendo a questão para julgamento pelo Órgão Especial da Corte: “Incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Art. 1.790, incisos III e IV do Código Civil de 2002. União estável. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1.790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada”. (STJ, AI no REsp 1.135.354/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 24.05.2011, *DJe* 02.06.2011). Porém, em outubro de 2012, o Órgão Especial da Corte Superior concluiu pela não apreciação dessa inconstitucionalidade suscitada pela 4.^a Turma, eis que o recurso próprio para tanto deve ser o extraordinário, a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal (publicado no *Informativo* n. 505 do STJ). Em suma, a questão da inconstitucionalidade não foi resolvida em sede de Superior Tribunal de Justiça, aguardando-se eventual julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Com a *decisum*, o recurso especial voltou à 4.^a Turma para ser julgado apenas nos aspectos infraconstitucionais. Todavia, processos continuam a ser remetidos para a Corte Especial do Tribunal da Cidadania.

Tanto isso é verdade que, em 2014, a questão voltou à pauta do Órgão, pendendo de apreciação até a atualização deste livro, por conta da divergência quanto à legitimidade de julgamento, ou seja, se a temática deve ser analisada pelo próprio STJ ou pelo STF.

Ressalta-se que no presente trabalho não foram expressamente abordadas as uniões homo afetivas, em razão destas estarem incluídas nas relações maritais aqui analisadas, tratamento igualitário também dado por força da decisão do STF conforme decidido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, eis que indistinta de gênero.

No entanto, ressaltamos que a norma foi introduzida não na tentativa de priorizar a mulher, mas sim, ambos os cônjuges – homem e mulher. Além disso, é extremamente comum que os cônjuges contribuam para a formação do patrimônio do casal, possibilitando, desta forma, que o que já tenha sido conquistado seja mantido.

Contudo, até a revogação do artigo 1790 do Código Civil ou sua declaração de inconstitucionalidade, conforme Tartuce (2015, p. 1087) existe ainda

uma longa discussão entre a concorrência sucessória entre o cônjuge e o companheiro:

Ora, o CC/2002 admite que o cônjuge separado de fato tenha união estável (art. 1.723, § 1.º, do CC). Então, imagine-se a situação, bem comum em nosso País, de um homem separado de fato que vive em união estável com outra mulher. Em caso de sua morte, quem irá suceder os seus bens? A esposa, com quem ainda mantém vínculo matrimonial, ou a companheira, com quem vive? O CC/2002 não traz solução a respeito dessa hipótese, variando a doutrina nas suas propostas. Vejamos algumas propostas interessantes:

Euclides de Oliveira propõe que os bens sejam divididos de forma igualitária entre o cônjuge e o companheiro.

Conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Os arts. 1.723, § 1.º, 1.790, 1.829 e 1.830, do Código Civil, admitem a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável” (Enunciado n. 525).

Para José Luiz Gavião de Almeida, o companheiro terá direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, o que é aplicação do inc. III do art. 1.790 do CC. O restante dos bens deve ser destinado ao cônjuge.

Para Christiano Cassetari, a companheira deve receber toda a herança, eis que prevalece tal união quando da morte.

Conforme consta da obra escrita com José Fernando Simão, o entendimento do presente autor, *a priori*, é seguinte: considerando-se toda a orientação jurisprudencial no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime de bens, o patrimônio do falecido deve ser dividido em dois montes. O primeiro monte é composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento. Sobre tais bens, somente o cônjuge tem direito de herança. A segunda massa de bens é constituída pelos bens adquiridos durante a união estável. Quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união, a companheira terá direito à herança. Em relação aos bens adquiridos a outro título durante a união estável, o cônjuge terá direito à herança.⁶² Deve ficar claro que a presente tese foi criada pelo coautor, a quem se atribui todos os créditos da criação. Tal entendimento deve prevalecer se aplicado o art. 1.830 do CC em sua integralidade e redação original. Todavia, se seguida a nova interpretação proposta para o art. 1.830 do CC, segundo a qual o cônjuge somente terá direito Sucessório se não separado de fato, somente o companheiro terá direitos sucessórios, na esteira do que entende corrente anterior.

Discussão se originou pela disparidade constante no artigo 1790 do Código Civil, artigo que deve ser excluído da legislação pátria, pois não coaduna com o previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, Carta que prima pelo princípio da igualdade e não distingue um núcleo familiar em razão da sua formalidade ou não na criação.

Isto porque tratar desigualmente o companheiro não é somente cometer uma injustiça contra a pessoa preterida, mas trata-se de uma afronta as garantias individuais e todo o nosso sistema constitucional, historicamente conquistado, baseado, dentre outros, no princípio da igualdade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi concretizado através de procedimento monográfico, buscando analisar todos os aspectos que o envolvem o tema e sua influência, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, dentro da temática de Direito Civil.

Com o desenvolvimento humano, cresceu também o desenvolvimento industrial, tecnológico e social, do que decorrem mudanças de comportamento da coletividade, bem como reflete em novas possibilidades de relacionamento. Assim, surgem as novas formas de união familiar, entre elas a união estável, que há muito tempo possui as mesmas finalidades sociais do casamento, contudo só foi legitimada em 1994.

Assim, socialmente a união civil e o casamento se equiparam em sua totalidade, pois ambos têm o mesmo intuito social, a formação de um núcleo familiar, gerando direitos e deveres aos cônjuges e companheiros, tanto que tal condição já é amplamente aceita nas esferas previdenciária, fiscal e familiar. No entanto, a edição do Código Civil deixou de abranger para a união estável os mesmos direitos sucessórios dados ao cônjuge, saliente a previsão do artigo 1790 do código Civil, que mesmo considerando o entendimento não pode ser excluído da sucessão, o coloca em uma posição desvantajosa com os demais herdeiros, pois este concorrerá na sucessão com os colaterais do *de cuius*, herdeiros que em ordem avocatória seriam os últimos a serem beneficiados.

Quanto às disposições relativas ao cônjuge, podemos afirmar que evoluíram a contento. Apesar de existirem falhas redacionais e falta de técnica legislativa em alguns pontos, como o relativo à concorrência com descendentes comuns e exclusivos do *de cuius*, as falhas existentes não chegam a ser incoerentes ou a causar desigualdades.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer dos dispositivos relativos à sucessão do companheiro. As discussões doutrinárias que se travaram em relação ao tema se deram, principalmente, no período que antecedeu a entrada em vigor do Código Civil atual. O que se percebeu foi uma grande insatisfação dos doutrinadores

que, em sua maioria, expuseram suas intenções de que o legislador se apercebesse dos equívocos cometidos e alterasse a redação dos artigos alvo das críticas.

Todavia, a previsão legal em matéria de sucessão deveria abordar de forma mais próxima a realidade fática da união estável, que igualmente ao casamento reflete a formação de família, criada pelo amor e formada através de esforços comuns, cooperação, união, acúmulo patrimonial e constituição familiar. Uma vez constituída a união estável é faticamente idêntica ao casamento, e merece igual tratamento, para que não se infrinja princípio da igualdade.

Ainda, de forma igualitária ao casamento formal deve-se na união estável primar pelo respeito à vontade presumida do falecido, haja vista a relutância, de uma forma geral, dos indivíduos de nossa sociedade quando o assunto é testar. Tal presunção decorre de que na constância de um relacionamento a proteção ao companheiro ou cônjuge é total, tanto na esfera afetiva, alimentar e patrimonial, e não há motivos para que com o falecimento do cônjuge ou companheiro seja cessada esta proteção.

Muito embora não caiba aos tribunais legislar sobre a matéria, a aplicação do direito através das diversas técnicas de interpretação nos leva a aguardar a melhor solução possível, contudo não é. Medida suficiente para proteger o companheiro.

Assim, entende-se que primeiramente deveria o legislador ter ordenado os dispositivos legais sobre o tema no capítulo próprio da ordem de vocação hereditária. Além disso, diferenciar as regras sucessórias entre cônjuge e companheiro abre uma enorme brecha legislativa para injustiças, abstendo-se o legislador de proteger imperativamente o companheiro. Falha esta, para a qual não vemos outra saída possível senão a alteração legislativa.

Infere-se que a participação do companheiro na sucessão apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável é outra falha legislativa irremediável, pelos motivos expostos ao longo do presente trabalho e, principalmente, pelo fato de, em regra, já ter o companheiro direito à meação.

Frisa-se que a meação se difere de sucessão, o direito à herança deveria incidir, justamente, na parte do patrimônio do falecido que o companheiro não participa, ou seja, dos bens exclusivos, devendo incidir, assim, o direito do companheiro sobrevivente, sobre todo o patrimônio; atingindo aos bens exclusivos do *de cuius* em função do direito sucessório. Entender o contrário é privilegiar em

demasia os demais parentes – descendentes, ascendentes e colaterais, em detrimento daquele que usufruiu e compartilhou direta ou indiretamente a constituição do patrimônio a ser herdado.

Mesmo entendendo que privilegiar os ascendentes seja compreensivo, em relação aos colaterais, manter o privilégio é totalmente inconcebível e provavelmente foge da vontade real do falecido, destoando da igualdade com o cônjuge. Em razão disso dentre as diferenças no direito sucessório do cônjuge e do companheiro apontamos como a mais gritante a concorrência com os colaterais. Tema este que se buscou abordar no presente trabalho, e que, agora, por todo o exposto, afirma-se, com convicção, ser realmente a diferença mais distorcida.

Outra falha legislativa inexplicável, diante das circunstâncias em que se encontra o companheiro no direito sucessório, diz respeito à falta de previsão no atual Código Civil do direito real de habitação, uma vez que pode gerar a situação equivocada de se ver totalmente desamparado o companheiro, existindo bens anteriores à união. Para solucionar tal hipótese, necessário se faz considerar a legislação anterior, que não foi expressamente revogada, para aplicá-la, contudo esta distorção não fora fruto de pesquisa do presente trabalho.

Ainda, entende-se que quando o companheiro for o único chamado a suceder, deve, no nosso entender, suceder na totalidade da herança, diante da possibilidade jurídica de assim se interpretar os dispositivos legais (art. 1.790, inciso IV, e art. 1.844 do C.C.).

Dentro deste contexto, os objetivos do trabalho foram plenamente atingidos, já que se demonstrou a evolução histórica da união estável, conceituando os institutos do casamento e da união estável, para ao final, após a análise do previsto no artigo 1790 do Código Civil, expondo os motivos da análise, se verificasse que sua aplicação caracteriza injusto ao companheiro, tendo em vista que estando sob as mesmas condições do cônjuge, tendo os mesmos deveres e possuindo os mesmo deveres, deveras possui igualmente os mesmos direitos.

Por fim, finalizamos aqui, como fizeram a maioria dos doutrinadores, nosso desejo de ver alterado os dispositivos analisados, sempre objetivando a melhor técnica jurídica, ressaltando-se que a grande maioria dos Doutrinadores considera o artigo 1790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional.

Conclui-se assim, que a forma ideal para correção desta situação seria simplesmente a revogação do artigo 1790, pois o companheiro deve estar entendido

juntamente com o cônjuge no artigo 1829 do Código Civil, pois, deixar o cônjuge de participar da herança, principalmente em detrimento dos ascendentes, ou concorrer com os colaterais, é tão grave a ponto de ignorar os esforços comuns e ferir o princípio da igualdade entre companheiros e cônjuges, causando discriminação em um relacionamento que, como o casamento formal, forma a base de nossa sociedade, a família.

REFERÊNCIAS

CARVALHO NETO, Inácio de & FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil Comparado e Comentado: direito de família**. Curitiba: Juruá, 2002, vol. VI.

_____. A sucessão do cônjuge e do companheiro no Novo Código Civil. *In: Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n.º 15, Out.- Nov.- Dez., 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa, **Curso de Direito Civil – Família – Sucessões**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva vol. 5, 2012.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. *In: Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n.º 29, Abr.- Maio 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELA, Felipe, **Curso Didático de Direito Civil**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ. **Normalização De Apresentação De Trabalhos Científicos Do Curso De Direito**. Disponível em: Webaluno Santa Cruz. Acesso em: 02 Nov. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 6.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua Portuguesa**. 8ed. Curitiba: Positivo, 2010.

_____, **Curso de Direito Civil – Famílias**. 5Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, vol. 6.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 1ª ed., 5 tomos, 2003.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de et AL, **Código Civil Comentado**. 7ª ed., Barueri: Manole, 2013.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 14 ed.

_____. **Sucessões**. Rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 12 ed., 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva 7ª Ed., Vol. 7, 2013.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva 6ª Ed., Vol. 7, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes**. *In: Novo Código Civil: questões controvertidas*. Coordenador: Mário Luiz DELGADO e Jones Figueiredo ALVES. São Paulo: Método, 2003.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia Geral**. São Paulo: Atlas, 7 Ed., 1999.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, **Direito das Famílias – Amor e Bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed., 2003.

OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *In: Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n.º 29, Abr-Maio 2005.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: do concubinato ao casamento (antes e depois do Novo Código Civil)**. São Paulo: Método, 6 ed., 2003, p. 205.

_____. **União Estável: do concubinato ao casamento (antes e depois do Novo Código Civil)**. São Paulo: Método, 6 ed., 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. VI, 14 ed., 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 23 ed., 2015.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito civil**. 5.^a ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e Prática dos Alimentos**. 4.^a ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

RÉGIS, Mario Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil?. *In: Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n.º 29, Abr- Maio 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Direito das sucessões – propostas de alteração**. *In: Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n.º 29, Abr- Maio 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp n. 1.134.387/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, rel. p/Acórdão Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. em 16.04.2013, **DJe**, 29.05.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 887990/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 24.05.2011, *DJe* 23.11.2011).

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – Jurisprudência, AC 597144229,8ª CÂM. CIV.,J.20.08.1998,rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO – Jurisprudência, AC 1283/95, 8ª Câm. Civ., j. 05.09.1995. rel Des. Laerson Mauro.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – Jurisprudência, AC 217.102-1, 2ª Câm. Civ., j. 06.12.1994, v.u., rel. Des. J. Roberto Bedran.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PERNAMBUCO – Jurisprudência, AGV: 2764869 PE 0021023-37.2012.8.17.0000, Relator: Sílvio de Arruda Beltrão, Data de Julgamento: 20/12/2012, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2004, 4 ed., vol.7.

_____. **Direito Civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2005, 5 ed., vol.5.