

EOS



ISSN 1980—7430

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO – V. I – Nº 4 – ANO III

DOM
BOSCO

A Sucessão do Companheiro

Maritza Franklin Mendes de Andrade

Mestranda em Direito Civil pela PUC-SP, professora da UNIP, advogada em São José dos Campos.

Marcelo Kajiura Pereira

Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo INPG, advogado em São José dos Campos.

1 Evolução histórica dos direitos sucessórios do companheiro até o código civil de 2002. 2 A sucessão do companheiro no Código Civil de 2002. 2.1 Artigo 1.790 do Código Civil – *caput*. 2.2 Artigo 1.790 do Código Civil – inciso I. 2.3 Artigo 1.790 do Código Civil – inciso II. 2.4 Artigo 1.790 do Código Civil – hipótese de filiação híbrida. 2.5 Artigo 1.790 do Código Civil – incisos III e IV. 2.6 Constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. 2.7 Direitos reais: usufruto e direito real de habitação. 2.8 Artigo 1.830 do Código Civil. 3 Conclusão. 4 Referências.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é apresentar uma abordagem crítica das previsões do Código Civil de 2002 relativas à sucessão do companheiro, em especial do artigo 1.790, que restringe essa sucessão aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, afastando a participação do companheiro supérstite quanto aos bens particulares do companheiro falecido. Essa regulamentação está prevista de forma diversa da efetuada nas leis anteriores ao Código Civil e, ainda, de forma diversa da atual sucessão do cônjuge, objeto do artigo 1.829 do Código Civil. O assunto é de extrema relevância, pois a união estável está cada vez mais presente em nossa sociedade, tendo sido elevada à condição de entidade familiar constitucionalmente protegida desde a Carta Magna de 1988, especificamente no artigo 226, §3º, o que leva parte da doutrina

e das decisões jurisprudenciais a defender a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, com a aplicação das mesmas regras previstas para o cônjuge, nos artigos 1.829 e seguintes, ao companheiro. Por outro lado, há relevante e considerável número de doutrinadores que, apesar de ressaltar a necessidade iminente de modificação da Lei, defendem a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, dando-lhe, contudo, diversas formas de interpretação. Apresentar-se-á, após análise doutrinária e jurisprudencial, a interpretação que os autores consideram correta, efetuada sob a ótica do direito civil constitucional, perspectiva metodológica que propõe a releitura dos institutos do direito civil com base nos princípios constitucionais, que informam o ordenamento jurídico como um todo.

Palavras-chave: Companheiro; Sucessões; Herdeiros

Abstract

The present study's objective is to present a critical approach of forecasts of the 2002's Civil Code relating to the succession of companions, in particular of Article 1.790, which restricts the succession to property purchased during the stable union, ruling out the participation of the surviving companion on the private property of deceased companion. This regulation is different from the laws made prior to the Civil Code, and also different from the current succession of spouse, subject to Article 1.829 of the Civil Code. The matter is of extreme importance as the stable union is increasingly present in our society, having been elevated to the condition of family entity constitutionally protected since the Magna Carta of 1988, specifically in Article 226, paragraph 3, which brings part of the doctrine and the decisions to defend the unconstitutionality of Article 1.790 of the Civil Code, in applying the same rules provided for the spouse, in articles 1.829 and below, to the companion. On the other hand, there are considerable number of relevant authors that, while emphasizing the need for imminent change of law, uphold the constitutionality of Article 1.790 of the Civil Code, giving it, however, various forms of interpretation. After jurisprudential analysis and also the analysis of doctrine, the interpretation taken by the authors will be presented, from the perspective of constitutional civil law, which proposes the methodological perspective rereading of the institutes of civil law based on constitutional principles that inform the juridical ordain as a whole.

Keywords: Companion; Succession; Heirs

1 Evolução histórica dos direitos sucessórios do companheiro até o código civil de 2002

A evolução do tratamento legislativo e jurisprudencial das relações concubinárias no Brasil é marcada por fases (1), iniciando-se pela total rejeição

do concubinato¹, passando à aplicação do direito obrigacional a fim de evitar o enriquecimento ilícito de um dos concubinos², posteriormente atribuindo o legislador efeitos jurídicos ao concubinato puro, nas esferas assistencial, previdenciária e registral³, e inserindo, por fim, a união estável na tutela constitucional.

A Constituição da República, ao prever no artigo 226, § 3º, a figura da união estável, expressou com todas as letras o seu caráter de entidade familiar, afastando por completo seu tratamento pelo direito das obrigações, outorgando-lhe especial proteção pelo Estado.

Importante ressaltar que não houve plena equiparação entre casamento e união estável pela Constituição da República, já que, conforme aceito amplamente na doutrina, a referida norma constitucional não fez surgir direitos subjetivos diretamente exigíveis, mas vinculou o legislador “para efeito da proteção do Estado”, motivo pelo qual medidas protetoras, eventualmente adotadas pelo Estado em benefício da família, também deveriam proteger a união estável, o que não significava, contudo, que o companheiro teria situação jurídica totalmente equiparada à do homem ou da mulher casada(2), entendimento que se aplica ao direito sucessório, que até então não estava regulamentado para o companheiro, em legislação infraconstitucional.

Muito clara, nesse ponto, é a distinção feita por Francisco José Cahali, que afirma haver equiparação plena entre união estável e casamento para efeito de proteção do Estado, motivo pelo qual, ressalta o referido autor:

Os efeitos externos da união estável, para o Estado e para a sociedade, são idênticos ao do casamento. Entretanto, para os efeitos internos da relação, especificamente quanto aos direitos e obrigações recíprocas entre os conviventes, em razão do silêncio da norma constitucional, não há como se aplicar as mesmas regras destinadas ao casamento, sendo imprescindível a edição de legislação própria e específica sobre o universo de efeitos pessoais e patrimoniais aos partícipes da relação.(3)

¹Lembre-se que o Código Civil de 1916 previa somente o casamento como entidade familiar, e tratava apenas do concubinato impuro, em que ao menos uma das partes era casada, impondo sanções a esse tipo de convivência, como o impedimento de se fazer doações e testamento em favor da concubina por parte de seu parceiro casado (arts. 1.177 e 1.719, inciso III do CC/1916).

²É nesse sentido a Súmula 380 do STF, ao prever que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, visando a impedir o enriquecimento indevido de uma das partes, ressaltando-se que, inicialmente, esse esforço deveria ser comprovado por meio da participação direta na aquisição do patrimônio, mas posteriormente, passou a ser presumido, pela assistência recíproca, caracterizada como participação indireta.

³Podem ser citados: Decreto-lei nº 7.036/44, que confere à companheira a possibilidade de receber indenização em virtude da morte do companheiro por acidente de trabalho, o que foi afirmado também pela Súmula 35 do STF; os direitos previdenciários da companheira foram garantidos pela Lei nº 4.297/63 e Decreto nº 77.077/76, inclusive determinando a Súmula 159 do extinto TFR a divisão da pensão previdenciária entre a companheira e a esposa; ainda, a Lei nº 6.015/73, no art. 57, §§ 2º a 4º, passou a permitir à companheira a adição do sobrenome do companheiro.

Ainda, se a própria Constituição previu a facilitação da convolação da união estável em casamento, na parte final do § 3º do artigo 226, resta evidente não serem idênticos os institutos, caso contrário, não haveria por que estimular a concretização do casamento. Esse estímulo da convolação da união estável em casamento decorre da própria insegurança gerada pela união estável, que raramente é regulamentada por um contrato entre as partes, e normalmente depende de provas fáticas, de testemunhas e análise subjetiva por parte do julgador, a quem caberá decidir quanto à caracterização ou não do instituto na hipótese singular levada ao Judiciário, ao contrário do casamento, que representa um dos atos mais solenes previstos no nosso ordenamento.

O direito sucessório do companheiro foi previsto pela primeira vez na Lei nº 8.971/94, especificamente no artigo 2º, passando a assegurar ao companheiro sobrevivente: (i) o usufruto de quarta parte dos bens do companheiro falecido se houvesse descendentes deste ou comuns; (ii) o usufruto de metade dos bens do falecido, se não houvesse filhos, mas apenas ascendentes do de cujus – sendo que tais usufrutos apenas se manteriam enquanto não fosse constituída nova união estável ou casamento; (iii) na ausência de descendentes e ascendentes, o direito à totalidade da herança.

Além do direito ao usufruto e, na falta de descendentes e ascendentes, do direito à própria sucessão patrimonial do companheiro falecido, acima descritos, posteriormente, a Lei nº 9.278/96 passou a prever em seu artigo 7º, parágrafo único, o direito real de habitação do companheiro sobrevivente, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, enquanto vivesse e não constituísse nova união ou casamento.

Por fim, em acréscimo aos direitos sucessórios acima analisados, na esteira da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, já havia previsão expressa no artigo 3º, da Lei nº 8.971/94, do direito de meação – que não se confunde com herança – do companheiro sobrevivente quanto aos bens deixados pelo autor da herança que resultassem de atividade para a qual o sobrevivente houvesse colaborado, o que foi fortalecido pela posterior previsão do artigo 5º, da Lei nº 9.278/96, que inseriu presunção (relativa) da meação dos bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, caracterizando-os como fruto do trabalho e da colaboração comum dos companheiros.

Já na época em que entrou em vigor a Lei nº 9.278/96, surgiram discussões acerca da manutenção ou revogação das previsões de direito sucessório da lei anterior, de nº 8.971/94, prevalecendo o entendimento no sentido de que a lei posterior, publicada em 1996, não regulou a mesma matéria tratada na Lei de 1994, especificamente em seu artigo 2º, trazendo, na verdade, regra de caráter especial, restrita ao direito sucessório de habitação (artigo 7º, parágrafo único), enquanto a Lei nº 8.971/94 estabeleceu, de

forma ampla, os direitos sucessórios do companheiro, convivendo ambas as previsões concomitantemente. (4)

Antes do Código Civil de 2002, portanto, o companheiro tinha direito: (i) à meação – o que não se confunde com herança – dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, com a presunção relativa da colaboração comum; (ii) ao usufruto de parte – 1/4 ou 1/2 – do patrimônio do de cujus no caso de haver, respectivamente, descendente ou ascendente deste; (iii) direito real de habitação; (iv) direito à totalidade da herança, ou seja, todo o patrimônio do falecido, na hipótese de ausência de descendente ou ascendente, situação em que nada era transmitido aos demais parentes do de *cujus*.

2 A sucessão do companheiro no Código Civil de 2002

Atualmente, a união estável encontra-se definida no artigo 1.723 do Código Civil, que indica como elementos caracterizadores dessa entidade familiar a convivência pública, contínua e duradoura, entre um homem e uma mulher, com objetivo de constituir família. Aplicam-se a esse instituto os impedimentos do casamento previstos no artigo 1.521, salvo o do inciso VI, sendo possível a união estável se a pessoa casada estiver separada judicialmente ou de fato, conforme expressamente previsto no § 1º do artigo 1.723. Já as causas suspensivas do casamento, elencadas no artigo 1.523, não se aplicam à união estável, conforme disposição expressa do artigo 1.723, § 2º.

O Código Civil prevê no artigo 1.725 que, inexistindo contrato entre os companheiros, aplicar-se-á às relações patrimoniais o regime da comunhão parcial de bens⁴. Nota-se, portanto, nítida modificação com relação à sistemática adotada pelo artigo 5º da Lei nº 9.278/96, pois ao aplicar-se o regime da comunhão parcial de bens ficam incorporados na meação do companheiro não apenas os bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, como também os adquiridos por fato eventual e os frutos dos bens particulares de cada companheiro, conforme previsto no artigo 1.660 do Código Civil.

Já a expressão “no que couber”, prevista no artigo 1.725, demonstra que apesar de serem aplicadas às relações patrimoniais as regras da comunhão parcial de bens, fica afastada, por exemplo, a exigência de autorização para venda de imóveis por um dos conviventes ao outro, prevista para os cônjuges no artigo 1.647 do Código Civil. E ainda, diversamente do que se aplica ao casamento, perante o Cartório do Registro de Imóveis não basta a comprovação da união estável para se transferir a

⁴O Enunciado 115, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), prevê, quanto ao art. 1.725, que “há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens”.

propriedade ou influenciar a titularidade nele indicada, sendo inviável a regularização do acervo no Registro de Imóveis, com eficácia erga omnes, pela simples afirmação da existência de união estável. (5)

Especificamente quanto aos direitos sucessórios, houve uma significativa mudança na sucessão do companheiro com a entrada em vigor do Código Civil de 2002⁵, que passou a ser regulamentada no artigo 1.790, abaixo transcrito:

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 foi atribuída ao filho;
- II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;
- IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Nesse ponto, antes de se adentrar à análise específica do artigo em apreço, revela-se essencial destacar a importância da interpretação, que nas palavras de Gustavo Tepedino é “o grande desafio do jurista de hoje, consistente na necessidade de harmonização de fontes normativas a partir dos valores e princípios constitucionais”, complementando o renomado jurista carioca que:

O novo Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa abertura do sistema –, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. (9)

Ressalte-se que se revela totalmente ultrapassado o esquema da subsunção na aplicação da lei, em que a premissa maior é o texto normativo e a premissa menor o fato e a consequência jurídica, ficando o intérprete adstrito a esta atividade mecânica. Nos dizeres do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, “a

⁵Existe acirrada polêmica quanto à data de início da vigência do Código Civil (Lei nº 10.406, publicada no D.O.U. de 11.01.02), que entendemos ter ocorrido em 12.01.2003, tendo em vista o disposto no art. 2.044, prevendo *vacatio legis* de um ano, interpretado de acordo com o art. 8º, § 1º da LC n. 95/98, com a redação dada pela LC nº 107/2001, que em sua parte final determina o início da vigência no dia subsequente à consumação integral do prazo, e com o art. 3º da Lei nº 810/49, que define a contagem de ano, considerado como período de doze meses contados do início ao dia e mês correspondente do ano seguinte. Portanto, se o prazo de um ano é contado até 11.01.2003, o início da vigência da Lei é no dia seguinte, 12.01.2003. Nesse sentido, o entendimento de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (6); Antonio Cláudio da Costa Machado, Juarez de Oliveira e Zacarias Barreto (7); e Zeno Veloso (8).

interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma, a partir do texto e dos fatos (...) é atividade constitutiva e não meramente declaratória”⁶. (10)

E a simples análise do artigo 1.790 do Código Civil, acima transcrito, permite a conclusão de que a nova previsão regula a sucessão do companheiro de forma totalmente diversa da previsão anterior ao Código Civil de 2002 – objeto do tópico anterior do presente trabalho –, como também de forma diversa da atual sucessão do cônjuge, levando a determinadas situações anacrônicas e injustas, como aquela prevista no inciso III, devendo o dispositivo legal ser interpretado de forma construtiva e sistemática, a partir de outras previsões do Código Civil e dos preceitos constitucionais, como se passa a expor.

A primeira crítica ao artigo 1.790, levantada de forma unânime pela doutrina, é relativa à sua localização no Código, e nesse ponto cabe lembrar que o referido dispositivo foi introduzido pela Emenda nº 358 ao Projeto de Código Civil, de autoria do Senador Nelson Carneiro, inspirada no artigo 668, do Projeto Orlando Gomes, e prévia à Constituição da República (11), representando um atraso se comparado às regras mais igualitárias ao casamento introduzidas pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. Referido artigo encontra-se nitidamente mal posicionado, pois trata de regra de vocação hereditária, e portanto deveria estar no Capítulo I, do Título II, do Livro V, e não no Capítulo I, do Título I, do Livro V, que prevê as disposições gerais da sucessão.⁷

Apesar da crítica, mesmo não estando a sucessão do companheiro na ordem de vocação hereditária, o artigo 1.790 interfere diretamente naquela ordem, motivo pelo qual a sucessão legítima se faz pela conjunção dessas previsões (15).

⁶Afirma o autor que “se recusa a concepção da interpretação como mera subsunção (v. Engisch 1967:57 e ss.). Pois a interpretação do direito não se reduz a exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma situação jurídica (um dever-ser). Nesse mero exercício não há absolutamente nenhuma criação de direito”. Especificamente quanto à subsunção, afirma referido autor, citando Canosa Usera, que esta “implica apreciar-se como, da generalidade de um dever-ser, de suas ‘implicações gerais’, são obtidas as proposições concretas desse dever-ser. Ultimear essa operação é aplicar o direito; sua mecânica está fundada em um silogismo: a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor são os pressupostos de fato e a consequência jurídica” (p. 67). E conclui que seu ponto de partida encontra-se na afirmação de que “a interpretação do direito não é uma atividade de conhecimento, mas sim constitutiva, portanto decisional, embora não discricionária” (p. 62).

⁷Para José Luiz Gavião de Almeida, “o normal era que tratasse da companheira na sucessão legítima, quando regulasse a ordem de vocação hereditária. Talvez ainda por preconceito contra a inclusão da companheira entre os herdeiros, preferiu regular a matéria no capítulo referente às disposições gerais sobre a sucessão” (12). Ainda, no sentido do mau posicionamento do referido artigo, vide Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (13) e Zeno Veloso (14).

Também é objeto de severas críticas a previsão do inciso III do artigo 1.790, pois, enquanto na vigência das Leis anteriores, o companheiro, na ausência de ascendentes e descendentes, herdava sozinho todo o patrimônio do falecido sem a concorrência com os parentes colaterais do de *cujus*, a partir do Código Civil de 2002, caso se adote uma interpretação puramente literal, o companheiro concorrerá com esses parentes, tendo direito a apenas 1/3 (um terço) da herança, que se restringe ao patrimônio adquirido onerosamente durante a união estável, o que representa um retrocesso e se distancia do previsto ao cônjuge herdeiro que, em situação semelhante, herda a totalidade da herança (artigo 1.829, inciso III).

Ainda não há qualquer previsão do companheiro como herdeiro necessário, ao contrário do cônjuge, cuja condição de herdeiro necessário, introduzida pelo Código Civil de 2002, está expressamente prevista no artigo 1.845, juntamente com descendentes e ascendentes.

Contudo, apesar dessas críticas, não se pode negar o avanço que representou a nova previsão de concorrência do companheiro com os descendentes ou ascendentes do falecido. Isso porque, o companheiro que, anteriormente, herdava (todo o patrimônio) apenas na ausência de descendentes ou ascendentes do companheiro falecido, agora passou a ter direito, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, à denominada sucessão concorrente, herdando conjuntamente com descendentes ou ascendentes do falecido, nas proporções previstas nos incisos do artigo 1.790, o que, sem dúvida, foi um avanço em favor do companheiro.

Assim, após abordar de forma genérica as críticas e, posteriormente, o avanço que o novo artigo 1.790 representou para a sucessão do companheiro, passa-se à análise específica das disposições do referido artigo, que prevê conjuntamente os critérios de convocação dos herdeiros e de distribuição da herança, ao contrário da sucessão do cônjuge, cujos critérios de convocação e de distribuição estão regulados em normas diversas, facilitando a aplicação da lei.

2.1 Artigo 1.790 do Código Civil – *caput*

O *caput* do artigo 1.790 modificou por completo a sucessão do companheiro porque passou a limitá-la aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, não importando, ressalte-se, o regime de bens adotado pelos companheiros.

Dessa feita, na hipótese de inexistência de pacto de convivência em união estável prevendo regime de bens diverso, aplicar-se-á o regime da comunhão parcial, conforme previsto no artigo 1.725, ficando incorporados na meação do companheiro não apenas os bens adquiridos a título oneroso durante a união estável, como também, por exemplo, os adquiridos por fato eventual (inciso II), por doação, herança ou legado

em favor de ambos (inciso III), e os frutos dos bens particulares de cada companheiro (inciso V), conforme previsto no artigo 1.660 do Código Civil. Contudo, apesar de ser meeiro desses bens, o companheiro sobrevivente somente herdará da meação do falecido os bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Não se aplica, portanto, a lógica de que o companheiro terá direito à herança sobre o que também tiver meação, já que, nas hipóteses dos bens descritos nos incisos do artigo 1.660, o mesmo apenas terá meação, mas não herdará, já que não foram adquiridos a título oneroso.

E quanto às uniões estáveis reguladas por pactos prevendo regimes de bens diversos do legal, até mesmo mistos (mistura de dois ou mais regimes), a regra será a mesma, pois independentemente de haver meação entre os companheiros, o sobrevivente terá direito à herança quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável⁸, lembrando-se que a previsão do artigo 1.790 é de caráter cogente e não pode ser afastada pelas partes no pacto de convivência em união estável, prevendo outra forma de sucessão, nem mesmo por meio de prévia renúncia à herança, o que representaria *pacta corvina*, proibido expressamente pelo artigo 426 do Código Civil. O que é possível, por não haver previsão de o companheiro ser herdeiro necessário, é a diversa destinação da herança pelo falecido, por meio de testamento, excluindo o companheiro da herança.⁹

Quanto aos bens adquiridos em sub-rogação de bens anteriores à união estável ou de bens adquiridos não onerosamente, não serão meados nem herdados pelo companheiro, pois não representam qualquer acréscimo real ao patrimônio, mas apenas a substituição de outros bens excluídos da sucessão do companheiro.

⁸Nesse sentido, Agravo de Instrumento nº 70012256038, TJ/RS, 7ª Câm. Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 24.08.2005, V. U.

⁹Interessante fazer referência ao similar entendimento de Francisco Cahali (16), em sua obra clássica sobre pacto de convivência em união estável, afirmando que: “a única forma para se excluir o convivente da sucessão, como assim o é para qualquer outro herdeiro, é através de disposição de última vontade, rejeitando-se, para essa finalidade, a sua realização por contrato de convivência”. E após citar o art. 426 do Código Civil, prevê referido autor que “o direito hereditário, por parte de seu titular, só passa a estar disponível, para exercício ou mesmo negociação em favor de terceiros, após o falecimento do autor da herança; até então, este direito à sucessão representa expectativa de direito sobre a qual há expressa vedação à livre disposição pelo interessado em contratos ou mesmo por atos unilaterais. Daí, também, afastar a possibilidade de ‘renúncia’ da herança em contrato de convivência”. Apesar de se concordar com o entendimento de que o companheiro, diversamente do cônjuge, não é herdeiro necessário, o que é defendido, entre outros, por Eduardo de Oliveira Leite (17), é importante fazer referência ao entendimento diverso, no sentido de aplicar ao companheiro a regra do art. 1.845 do Código Civil, com fulcro no art. 1.850 do Código Civil, c/c arts. 1º, inciso III e 226, §§ 3º e 8º da CF, tema abordado por Ana Luísa Maia Naves (18). Ainda, cita-se o seguinte enunciado do I Encontro dos Juizes de Família do Interior do Estado de São Paulo, aprovado em novembro de 2006: “Enunciado 51. O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido.”

Verifica-se, portanto, que o primeiro passo para a aplicação do artigo 1.790 é a identificação da parte do patrimônio que pode ser herdada pelo companheiro, já que esse dispositivo incidirá, em princípio, apenas quanto à massa de bens adquiridos onerosamente durante a união estável, aplicando-se à massa dos outros bens (doação, herança, fato eventual, adquirido onerosamente antes da união estável etc.), o artigo 1.829, com a ordem de vocação hereditária.

Identificado o patrimônio, passa-se à análise dos critérios de convocação e de distribuição, elencados nos incisos do artigo 1.790.

2.2 Artigo 1.790 do Código Civil – inciso I

O inciso I, do artigo 1.790, é claro no sentido de que, caso o companheiro sobrevivente concorra com filhos comuns, ou seja, filhos dos companheiros falecido e sobrevivente, deverá receber o mesmo valor que couber a cada um dos filhos. Nesse ponto é importante esclarecer que, embora no dispositivo conste “filhos” comuns, na verdade, a previsão versa sobre a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes comuns.¹⁰

O cálculo é realizado por meio da divisão da herança (lembre-se, os bens adquiridos onerosamente durante a união estável) em partes iguais, considerando os descendentes e o companheiro sobrevivente. Esse, portanto, receberá quota idêntica à recebida por cabeça pelos descendentes comuns, não se aplicando ao companheiro a regra do artigo 1.832, parte final, que reserva ao cônjuge, no mínimo, o quinhão de um quarto da herança caso concorra apenas com descendentes comuns.

Dessa feita, o legislador deu tratamento privilegiado ao companheiro sobrevivente quando concorrer com descendentes comuns dele com o falecido, situação em que receberá quantia igual à recebida pelo descendente (19), ao passo que na concorrência com descendentes apenas do falecido, regulada no inciso II, do artigo em estudo, receberá metade do que couber a um descendente, conforme será adiante explanado.

2.3 Artigo 1.790 do Código Civil – inciso II

O inciso II do artigo 1.790 regulamenta a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes exclusivos do companheiro falecido (autor da herança), devendo ser interpretado no sentido de que a quota do companheiro sobrevivente será equivalente à metade da que couber a um descendente, afastando-se a interpretação

¹⁰Neste sentido é o Enunciado 266 da III Jornada do CJF, de que “aplica-se o inciso 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”.

literal de que caberia ao companheiro a metade do que coubesse a cada herdeiro, o que levaria a uma quota invariável de 1/3 (um terço) do total da herança ao companheiro. (20)

Os incisos I e II, do artigo 1.790, do Código Civil, isoladamente, não são acometidos de qualquer inconstitucionalidade, pois somente dão tratamentos diferentes a situações diversas, quais sejam, a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes comuns, seus e do companheiro falecido, e a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes exclusivos do companheiro falecido, tratando-se, portanto, de famílias distintas, sendo que os filhos de uma mesma família não serão em hipótese alguma tratados entre si de forma diferenciada, o que configuraria a inconstitucionalidade.

2.4 Artigo 1.790 do Código Civil – hipótese de filiação híbrida

Contudo, não há previsão legal para o caso de o companheiro sobrevivente concorrer, simultaneamente, com descendentes comuns dele com o falecido e com descendentes apenas do falecido, situação denominada de filiação híbrida. Essa situação é muito comum atualmente, sendo freqüentes as separações e constituições de novas entidades familiares, havendo, portanto, filhos da primeira relação e, posteriormente, filhos em comum, dos dois companheiros. Apesar de complexa e presente, o Código não a prevê e regula, o que pode gerar insegurança e interpretações discrepantes, motivo pelo qual abordar-se-á abaixo o entendimento de alguns autores, para concluir o que se defende como aplicável.

No sentido da aplicação da regra do inciso I, do artigo 1.790 do Código Civil, às situações de filiação híbrida, com a divisão igualitária do patrimônio adquirido onerosamente pelo de *cujus*, entre os dois tipos de descendentes e o companheiro sobrevivente, é a posição, entre outros, de Francisco José Cahali (21), com base na exclusão literal do inciso II que prevê a concorrência só com os descendentes do autor da herança, limitação esta que não existe no inciso I que, portanto, deveria ser aplicado também à filiação híbrida.¹¹

Tal solução, *data venia*, não deve ser a mais adequada, uma vez que o companheiro sobrevivente receberia valor igual ao cabível aos descendentes exclusivos.

Assim, o companheiro sobrevivente herdaria, com relação aos descendentes exclusivos do companheiro falecido, quota maior do que a prevista no inciso II do artigo 1.790, já que, caso ele concorresse somente com descendentes exclusivos

¹¹No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa (22), defendendo que “se houver filhos comuns com o de *cujus* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão deflui da junção dos dois incisos, pois não há de se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmo direitos hereditários”.

do companheiro falecido, caber-lhe-ia quota igual à metade do que recebesse um descendente, sendo que, por meio da adoção dessa proposta, o companheiro supérstite receberia valor idêntico ao cabível aos descendentes exclusivos do companheiro sucedido, o que, certamente, não foi a intenção do legislador.

Cumpra notar que a diferenciação de tratamento dos descendentes prevista nos incisos I e II do artigo 1.790, estabelecendo, por um lado, igualdade de quotas entre descendentes comuns e companheiro supérstite, e por outro lado, recebimento de quota pelo companheiro equivalente à metade da atribuída aos descendentes exclusivos do de cujus, tem como ratio a expectativa de herança dos descendentes comuns com relação aos bens herdados pelo companheiro ascendente, o que não ocorrerá com os descendentes exclusivos do falecido.

A aplicação da regra do inciso I traria, portanto, grande desvantagem aos descendentes exclusivos do companheiro falecido, pois receberiam somente o valor igual ao cabível a todos (descendentes comuns e companheiro supérstite) sobre a herança, e para que o companheiro recebesse o mesmo valor cabível aos descendentes, necessariamente a quota destes seria reduzida.

Ainda, como aos descendentes comuns haveria a expectativa de sucessão dos bens que foram recebidos pelo companheiro ascendente, caracterizar-se-ia efetiva disparidade no tratamento entre os descendentes, já que os descendentes exclusivos tiveram sua quota parte diminuída para aumentar a do companheiro (comparando-se à hipótese do inciso II), quota esta que no futuro, provavelmente, passará aos descendentes comuns, verificando-se um aparente e irreal respeito ao artigo 1.834, do Código Civil.

Entendemos, portanto, não ser adequada a aplicação do inciso I à hipótese de filiação híbrida, uma vez que promoverá a diferenciação no tratamento entre os descendentes, com o nítido privilégio do companheiro sobrevivente e, conseqüentemente, dos descendentes comuns, caracterizando-se o desrespeito ao artigo 1.834, do Código Civil, e ao artigo 227, § 6º da Constituição, que consagra o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Uma abordagem detalhada do referido tema é feita pela autora Giselda Maria Fernandes Hironaka (23), que apresenta quatro soluções possíveis para a hipótese de companheiro que falece deixando companheiro sobrevivente e filiação híbrida: a) aplicação do inciso I; b) aplicação do inciso II; c) aplicação concomitante dos incisos I e II, atribuindo-se uma quota e meia ao companheiro e quotas iguais aos filhos; e d) aplicação concomitante dos incisos I e II, com a subdivisão proporcional da herança entre descendentes comuns e exclusivos, recebendo os descendentes de cada tipo quinhões diversos. Contudo, a doutrinadora conclui afastando uma a uma estas

possibilidades, não indicando qual seria a aplicação devida, frisando a importância da modificação da lei.

Especificamente quanto à proposta de aplicação concomitante dos incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil, destinando ao companheiro sobrevivente quantia equivalente a uma quota e meia do que vier a receber cada descendente, cabe fazer os seguintes comentários.

Tal proposta seria efetivada por meio da soma do número de descendentes, com o companheiro sobrevivente, mais 1/2 (metade), conforme abaixo exemplificado, na hipótese de 05 (cinco) descendentes, sendo a quota cabível a cada descendente representada por “X” e o total da herança de 1.300 (um mil e trezentos):

$$X + X + X + X + X + X + 0,5X = 1.300$$

$$X = 200$$

De acordo com o cálculo acima apresentado, caberia a cada descendente o valor correspondente a 200 (duzentos), e ao companheiro sobrevivente 300 (trezentos), pois ele receberá a sua quota mais a metade.

Essa solução, conforme analisado acima para se afastar a aplicação do inciso I, aparentemente respeita a previsão do artigo 1.834, do Código Civil, pois todos os filhos receberiam valores iguais e, quanto à participação do companheiro, atenderia, ao mesmo tempo, aos comandos dos incisos I e II, do artigo 1.790, do mesmo diploma legal.

Todavia, não há respeito à essência do artigo 1.790 que prevê, em seus incisos I e II, valores inferiores a serem recebidos pelo companheiro sobrevivente com relação aos descendentes do de *cujus*.

Assim, o inciso I prevê que a quota do companheiro sobrevivente será igual à que couber ao descendente, e o inciso II prevê que a quota do companheiro será igual à metade do que vier a receber o descendente, não prevendo nenhum dos incisos que ao companheiro sobrevivente caberia o quinhão igual a uma quota e meia do que viesse a receber cada descendente, pelo que entendemos não ter sido esse o intuito do legislador.

Haveria diminuição da quota de todos os descendentes, acarretando grande privilégio ao companheiro sobrevivente, que receberia quantia superior a todas estabelecidas em lei, motivo pelo qual se afasta essa proposta¹², que se revela inaplicável.

Ainda, cumpre afastar a proposta de aplicação simultânea dos incisos I e II, do artigo 1.790 do Código Civil, por meio da subdivisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo (comuns e exclusivos).

¹²Também nesse sentido, entendendo não ter sido esse o desejo do legislador, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (24).

A efetivação dessa proposta seria realizada por meio da divisão igualitária entre os descendentes, ou seja, o valor da herança seria dividido pelo número de descendentes. Depois seria introduzida a regra do inciso I para os descendentes comuns, e a regra do inciso II para os descendentes exclusivos do sucedido, conforme abaixo exemplificado, para a hipótese de cinco herdeiros, sendo três comuns e dois exclusivos, e a herança no valor de 1.000:

Descendentes comuns: “a”, “b” e “c”.

Descendentes exclusivos: “d” e “e”.

1º passo: por meio da divisão entre os descendentes, caberia a cada um deles o valor de 200.

2º passo: aplicação do inciso I aos descendentes comuns, considerando que cada descendente e o companheiro sobrevivente receberiam “X”.

$$X + X + X + X = 600$$

$$X = 150$$

Assim, cada descendente desse grupo receberia 150, e o companheiro sobrevivente, sobre esse montante, receberia igual quantia.

3º passo: aplicação do inciso II aos descendentes exclusivos do companheiro falecido, considerando que cada descendente receberia “X” e o companheiro sobrevivente “0,5X”.

$$X + X + 0,5X = 400$$

$$X = 160$$

Logo, cada descendente exclusivo receberia 160, e o companheiro sobrevivente, sobre esse montante, receberia 80.

Soma de todos os valores recebidos:

Valor recebido pelo descendente “a”	150
Valor recebido pelo descendente “b”	150
Valor recebido pelo descendente “c”	150
Valor recebido pelo descendente “d”	160
Valor recebido pelo descendente “e”	160
Valor recebido pelo companheiro sobrevivente na concorrência com os descendentes comuns (“a”, “b” e “c”)	150
Valor recebido pelo companheiro sobrevivente na concorrência com os descendentes exclusivos (“d” e “e”)	80
Valor total recebido pelo companheiro	230
TOTAL	1 000

Conforme se observa facilmente, nessa proposta há flagrante desrespeito à regra do artigo 1.834, do Código Civil, e ao artigo 227, § 6º, da Constituição da República, pois os quinhões dos descendentes seriam diferentes entre si, o que não

pode ser admitido. E ainda, o companheiro receberia mais do que os descendentes, o que contrariaria o espírito do legislador, conforme já analisado acima.

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (25), após citarem as propostas abordadas pela professora Giselda Hironaka, aventam ainda a solução de atribuição ao companheiro sobrevivente de valor equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do que couber a cada descendente, em virtude de se estabelecer uma média das quotas destinadas ao companheiro sobrevivente nos incisos I e II, do artigo 1.790. Contudo, esses autores afirmam que essa solução encontraria óbice na ausência de previsão legal, concluindo que seria mais adequado, nessa hipótese de filiação híbrida, atribuir ao companheiro a metade do que couber a cada descendente, conforme previsto no inciso II.

No mesmo sentido, entende-se que o companheiro terá direito de herança na proporção de metade do que couber a cada um dos descendentes, tanto comuns quanto exclusivos, aplicando-se a regra do inciso II, do artigo 1790. Isso com base na aplicação dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, combinados com artigo 227, § 6º, da Constituição da República e artigos 1.596 e 1.834 do Código Civil, prevalecendo, portanto, o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, conforme defendido pela professora Maria Helena Diniz (26). Assim, será priorizado na sucessão o vínculo de filiação com o de *cujus* e não o existente com o companheiro sobrevivente, que receberá a metade do que couber aos descendentes.

Cumprido frisar que, com o Código Civil de 2002 houve, quanto à herança concorrente, efetivo avanço para o companheiro, que passou a herdar de forma concorrente com os descendentes do de *cujus*, hipótese em que, no passado, nada herdaria. Todavia, não se pode interpretar, na lacuna da lei, que a intenção do legislador tenha sido a de promover, na situação de filiação híbrida, a equiparação entre o companheiro e o descendente exclusivo, o que leva, portanto, ao afastamento do inciso I e à necessária aplicação do inciso II a ambos os tipos de descendentes, que não podem herdar de forma diversa sob pena de se incidir em inconstitucionalidade, cabendo ao companheiro metade da quota atribuível a cada descendente.¹³

Assim, não nos parece lógico que a modificação da legislação tenha sido no sentido de direcionar a mesma quota da herança aos descendentes e ao companheiro sobrevivente, que anteriormente nada recebia, realizando-se tão grande mudança.

¹³Entendendo pela aplicação do inciso II na hipótese mista, Zeno Veloso (27) defende que: “ocorrendo o caso acima apontado, o inciso II deve ser aplicado, cabendo ao companheiro sobrevivente a metade do que couber a cada descendente do autor da herança. A solução que proponho, tentando remediar a falha do legislador, enquanto a lei não é reformada, pode prejudicar o companheiro sobrevivente – que estaria mais gratificado se o escolhido fosse o inciso I –, mas não desfavorece os descendentes exclusivos do de *cujus*, não se devendo esquecer que os filhos do companheiro sobrevivente ainda têm a expectativa de herdar deste”.

Tal proposta nos parece ser a que mais respeita o princípio constitucional da igualdade, gravado no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República, igualdade esta substancial, pois trata de forma igual os iguais (descendentes comuns e exclusivos) e de forma desigual os desiguais (descendentes e companheiro).

Ainda, em que pese o respeitável entendimento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (28), no sentido de que essa solução contrariaria o espírito do legislador do Código Civil, uma vez que não respeitaria a diferenciação de tratamento na concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes comuns ou com os descendentes exclusivos do falecido, entendemos que não há, na hipótese em tela, que ser analisado o espírito do legislador, uma vez que não houve, por parte deste, espírito algum, pois não houve previsão para o caso híbrido.

Houve intenção de diferenciação nos tratamentos entre a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes comuns ou exclusivos do companheiro falecido de forma isolada, ou seja, quando ocorrer esta ou aquela situação, e não as duas concomitantemente, e como não houve essa previsão, não há que se considerar suposta “mágoa” ao espírito do legislador.

Nesse ponto, é importante fazer referência à fórmula recentemente desenvolvida por um professor de matemática, que solucionaria a presente problemática, pois possibilitaria o cálculo proporcional da quota do companheiro levando em conta o número de filhos comuns e o número de filhos exclusivos do de cujus, sendo que todos os filhos receberiam o mesmo valor. A fórmula é a seguinte:

$$[(2a+b)/2]/(a+b) = c$$

a = número de filhos comuns

b = número de filhos exclusivos

c = parcela do companheiro

A título de exemplificação utilizamos a seguinte hipótese: situação de filiação híbrida em que o de *cujus* deixou três filhos comuns e um exclusivo, onde, portanto, $a = 3$, $b = 1$. A fórmula será:

$$[(2 \times 3 + 1)/2]/(3 + 1) = c, \text{ resultando que } c = 0,875$$

Nessa situação, portanto, se a herança for de 1.000, por serem quatro filhos, para se chegar ao valor de cada herdeiro faz-se o seguinte cálculo, onde “X” é a quota de cada descendente: $4X + 0,875X = 1.000$, concluindo-se que $X = 205,1282$. Desta feita, do total de 1.000, cada filho receberá 205,1282, e o companheiro receberá $0,875X$, ou seja, 179,4871.

Para esclarecer que o valor do companheiro e dos herdeiros muda de acordo com o número de descendentes de cada tipo, faremos o cálculo também de uma

herança de 1.000 em que, agora, o de *cujus* deixou três filhos exclusivos e um comum, onde, portanto, $a = 1$, $b = 3$. A fórmula será:

$$[(2 \times 1 + 3)/2]/(1 + 3) = c, \text{ resultando que } c = 0,625.$$

Nessa situação, portanto, sendo a herança de 1.000, por serem quatro filhos, para se chegar ao valor de cada herdeiro faz-se o seguinte cálculo, em “X” é quota de cada descendente: $4X + 0,625X = 1.000$, concluindo-se que $X = 216,2162$. Desta feita, do total de 1.000, cada filho receberá 216,2162, e o companheiro receberá $0,625X$, ou seja, 135,1351.

Verifica-se, ainda, que com a utilização da fórmula, a quota do companheiro será de, no mínimo, a metade da quota dos descendentes e, no máximo, o equivalente à quota dos descendentes (quando só houver descendentes comuns) e, na hipótese de números semelhantes de descendentes comuns e exclusivos, a quota do companheiro será de 75% (setenta e cinco por cento) da que caberá aos descendentes, incidindo, portanto, as mesmas restrições para a utilização desse cálculo, já citadas acima, apresentadas por Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, pois a solução encontraria óbice na ausência de previsão legal.

Assim, apesar de a idéia ser bastante interessante e chegar bem próxima ao objetivo de se respeitar ao mesmo tempo os incisos I e II nos casos de filiação híbrida, não se entende que seja prática e aconselhável a utilização de uma fórmula matemática em um processo judicial, quando sequer a lei aventou essa possibilidade. Assim, não há qualquer solução parecida no Código Civil, não sendo aconselhável, ainda, a “mistura” de duas previsões legais, o que, portanto, deve ser afastado.

2.5 Artigo 1.790 do Código Civil – incisos III e IV

Os incisos III e IV do artigo 1.790 são ainda mais polêmicos, pois restringem sobremaneira a sucessão do companheiro, se comparados com a previsão vigente anteriormente à entrada em vigor do Código Civil. Assim é que, segundo a previsão do inciso III, o companheiro passa a receber apenas um terço da herança caso concorra com outros parentes sucessíveis, e aqui se inserem não só os ascendentes como também colaterais até quarto grau, segundo a previsão do artigo 1.839 do Código Civil, aplicável analogicamente. E lembre-se, o *caput* restringe tal herança aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Em situação semelhante, de companheiro concorrendo com parente colateral do de *cujus*, na vigência da Lei nº 8.971/94, o companheiro herdaria todo o patrimônio, independentemente da forma de aquisição.

A única justificativa para se entender a previsão retrógrada da referida norma foi a sua inserção posterior no Projeto de Lei que resultou no Código Civil, conforme já ressaltado acima, representando um atraso se comparado às regras mais benéficas ao companheiro e igualitárias ao casamento, introduzidas pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

E nesse ponto faz-se gritante a importância da interpretação, cabendo ao intérprete, enquanto não houver a modificação legal, corrigir o problema trazido pela lei que retroagiu à época anterior à Lei de 1994 e passou a prever que o companheiro passe a receber menos do que os parentes colaterais do *de cuius*, em nítida infração aos princípios constitucionais, da família fundada no afeto e na solidariedade.¹⁴

E isso se afirma porque devem ser protegidos os entes que compõem a família nuclear, próxima do falecido, composta por descendentes, ascendentes e companheiro, excluindo-se desta maior proteção o colateral, de até quarto igual, que deve ser preterido em face do convivente, com quem o falecido dividiu sua vida, as suas dificuldades e vitórias, desgostos e sucessos. Não se esqueça, ainda, que caso o falecido quisesse beneficiar o colateral, nada impediria que fizesse um testamento, não sendo possível, contudo, que a lei presuma, na ausência de testamento, que o falecido preferiu beneficiar parentes colaterais ao seu próprio companheiro.

Com base nesses argumentos, portanto, que defendemos a inaplicabilidade do inciso III do artigo 1.790, especificamente quanto aos parentes colaterais, restringindo-se a incidência desse inciso à hipótese de concorrência do companheiro com os ascendentes, aplicando-se, nesse caso, analogicamente, as regras do artigo 1.836 do Código Civil. Os demais parentes sucessíveis, portanto, apenas herdarão na hipótese de inexistência de descendentes, ascendentes e companheiro ou cônjuge, quando incidirá o artigo 1.829, inciso IV, do Código Civil.

Nesse sentido, é a decisão da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatada em 02.06.2005 nos autos do Agravo de Instrumento nº 386.577-4/3-00, de relatoria do Desembargador Magno Araújo, em que foi afastada a aplicação do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, com base no seguinte fundamento, entre outros:

Na medida, portanto, em que as regras previstas para sucessão entre companheiros pelo atual Código Civil violam, em última análise, os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade, sendo mesmo inconstitucionais resta, na hipótese, fazer incidir a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anteriormente vigente e que

¹⁴Essencial, quanto à crítica ao inciso III, a referência à esclarecedora lição de Zeno Veloso (29).

assegurava ao companheiro sobrevivente, na ausência de descendentes e ascendentes, a totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado.¹⁵

Mais uma vez, agora quanto ao inciso IV, revela-se essencial a correta interpretação, pois, embora o *caput* do artigo 1.790 limite o direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, no nosso entender tal regra não se aplica ao referido inciso, em que há previsão expressa de que na ausência de parentes sucessíveis, o companheiro “terá direito à totalidade da herança”. A essa previsão se soma aquela do artigo 1.844 do Código Civil, que estabelece a devolução da herança ao Poder Público apenas na hipótese de não haver cônjuge, companheiro ou parente sucessível, com nítida demonstração de que independentemente de o patrimônio do de *cujus* ter sido adquirido a título oneroso e durante a união estável, o companheiro, na hipótese do inciso IV, o herdará integralmente.

¹⁵Apesar de concordarmos plenamente com o argumento acima explanado, o mesmo não se dá quanto aos outros fundamentos da decisão, que constam na ementa, ora transcrita: “Agravado – Arrolamentos de bens – Morte do companheiro – Ausência de ascendentes ou descendentes, existência, porém, de colaterais noticiada pela própria companheira. União estável iniciada na vigência da Lei 8.971/94 e que perdurou até o falecimento do companheiro, fato ocorrido em 2004. Inaplicabilidade da disciplina sucessória prevista no Novo Código Civil. Atribuição à companheira sobrevivente do mesmo status hereditário que a lei atribuiu ao cônjuge supérstite. Totalidade da herança devida à companheira, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. Inaplicabilidade da norma do art. 1.790, III do Código Civil em vigor – Recurso provido”. (Agravado de Instrumento nº 386.577-4/3 – São Paulo – 6ª Câmara de Direito Privado – Relator: Magno Araújo – 02.06.05 - V.U.). Assim, decidiu-se no sentido de igualar a sucessão da companheira à do cônjuge e ainda, de que se a união estável se iniciou antes do atual Código Civil e o óbito ocorreu em 2004, seria inaplicável a disciplina sucessória do Código Civil, mas a da Lei nº 8.971/94. No nosso entender, contudo, aplica-se o art. 1.787 do Código Civil como regra de direito intertemporal, incidindo quanto à sucessão, independentemente da lei vigente quando da formação da união estável, a lei da data do óbito, momento da abertura da sucessão. Assim, se o falecimento ocorreu anteriormente à vigência da Lei nº 8.971/94, não haverá direito sucessório entre os companheiros, apenas meação, se comprovada a sociedade de fato. Se o óbito ocorreu na vigência da Lei nº 8.971/94, haverá meação e usufruto ou direito integral à herança, dependendo da existência ou não de descendentes ou ascendentes do de *cujus*. Se, por outro lado, faleceu o companheiro durante a vigência da Lei nº 9.278/96, haverá presunção da meação dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, e direito sucessório, nos termos previstos na Lei nº 8.971/94, mais direito real de habitação. Se, contudo, faleceu após a vigência do Código Civil de 2002, aplicam-se as regras analisadas no presente tópico desse trabalho. Nesse sentido, as seguintes decisões: Agravo de Instrumento nº 70009491499 TJ/RS, 8ª Câmara Cível, Relator Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, j. em 23.09.2004, V. U., e Agravo de Instrumento n. 102.275-4, TJ/SP, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. César Lacerda, j. em 07.04.1999, V. U. Em sentido contrário, julgando pela aplicabilidade literal do inciso III do art. 1.790, as seguintes decisões, cujas ementas transcrevem-se: “Agravado de Instrumento. Inventário. Sucessão aberta após a vigência do novo Código Civil. Direito sucessório da companheira em concurso com irmãos do obituado. Inteligência do art. 1.790, III da novel legislação. Direito a um terço da herança. Inocorrência de inconstitucionalidade. Não há choque entre o Código e a Constituição na parte enfocada. A norma do art. 226, §3º da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento nem tão pouco dispôs sobre regras sucessórias. As disposições do Código Civil sobre tais questões podem ser consideradas injustas, mas não contém eiva de inconstitucionalidade. Reconhecimento dos colaterais como herdeiros do de *cujus*. Provento do recurso”, (Agravado de Instrumento nº 2003.002.14421, TJ/RJ, 18ª Câmara de Direito Civil, Relator Des. Marcus Faver, j. em 16.03.04 – V.U.). E ainda: “Agravado de instrumento. Inventário. Sucessão da companheira. Abertura da sucessão ocorrida sob a égide do novo Código Civil. Aplicabilidade da nova lei, nos termos do artigo 1.787. Habilitação em autos de parentes colaterais. Possibilidade. Incidência do disposto no artigo 1790, III, do CCB, que confere direitos sucessórios à companheira na proporção de um terço. Recurso desprovido”. (Agravado de Instrumento nº 70013996293, TJ/RS, 7ª Câmara Cível, Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. em 15.03.2006).

Ora, se conforme acima analisado, quanto à interpretação do inciso III, demonstrou-se ferir os princípios constitucionais da família fundada no afeto e na solidariedade o fato de se transferir a herança aos colaterais, em prejuízo do companheiro, o que se dirá da interpretação puramente literal, que afirma estar o inciso IV limitado ao *caput* do artigo 1.790, preterindo-se o companheiro, para se transferir os bens adquiridos a título gratuito ou anteriormente à união estável, ao Poder Público. Tal interpretação revela-se inconcebível e representa afronta direta à Constituição da República, devendo o direito civil ser estudado, analisado e interpretado com fulcro nos princípios constitucionais, que informam todo o ordenamento, buscando-se, sempre, a proteção plena da pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, lembrando-se que a família será protegida na medida em que seja um espaço de promoção da pessoa de seus membros, motivo pelo qual o patrimônio integral do de *cujus* deverá passar ao membro da sua família, seu companheiro.¹⁶

2.6 Constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

Após analisada de forma detalhada a sucessão do companheiro, quanto às regras previstas no artigo 1.790 do Código Civil, é importante ressaltar que as diferenças sucessórias entre companheiros e cônjuges, v. g.: limitação do *caput* do artigo 1.790 aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável; ausência de garantia de uma parcela mínima de um quarto do patrimônio, na hipótese de o companheiro concorrer com mais de três filhos havidos com o de *cujus*; não qualificação do companheiro como herdeiro necessário, entre outras; geraram polêmica na doutrina, fazendo com que inúmeros juristas levantassem as vozes contra a previsão do artigo 1.790.

Ocorre que, ao contrário do que é defendido por alguns juristas¹⁷, o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro dado pelo Código Civil, apesar de não ser aconselhável e estar na contramão da equiparação que a legislação anterior havia buscado, não permite a conclusão no sentido da inconstitucionalidade do artigo 1.790, com a aplicação das regras sucessórias previstas para o cônjuge ao companheiro, o

¹⁶Também defendendo a interpretação de que caberá ao companheiro todo o patrimônio, nada sendo transferido ao poder público, entre inúmeros outros autores, está a lição de Maria Helena Diniz (30).

¹⁷Vide Guilherme Calmon Nogueira da Gama (31) e Ana Luisa Maia Nevares (32). E ainda, os seguintes enunciados do I Encontro dos Juizes de Família do Interior do Estado de São Paulo, aprovados em novembro de 2006: “Enunciado 49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima”. E “Enunciado 50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação”.

que seria nitidamente *contra legem* e se afastaria da intenção do legislador ao aprovar referida lei.

Nesse ponto, é relevante lembrar que o tratamento diferenciado entre o companheiro e o cônjuge, no âmbito das regras sucessórias, não foi necessariamente prejudicial àquele, já que em hipótese bastante comum, de companheiros que adquirem todo o seu patrimônio, ao longo da união estável e de forma onerosa, falecendo um dos companheiros e deixando filhos, o outro companheiro receberá não só a meação de todo o patrimônio, como também herdará parte da metade do de *cujus*, o que não ocorrerá com o cônjuge casado em regime de comunhão parcial de bens que, em situação semelhante, apenas receberá a sua meação, ficando a metade do falecido inteiramente para os descendentes (artigo 1.829, inciso I).

Da mesma forma com que esse privilégio do companheiro em face do cônjuge não caracteriza a inconstitucionalidade do artigo 1.790, o benefício do cônjuge em outras situações também não levará à inconstitucionalidade do referido dispositivo, concluindo-se que apesar de desaconselhável o tratamento diferenciado, esse será mantido, com as interpretações acima defendidas, até a eventual modificação do dispositivo legal, a ser implementada, com o que se concorda, o quanto antes.

Complementa-se referida fundamentação, no sentido da constitucionalidade do artigo 1.790, apesar desse dispositivo não prever ao companheiro as mesmas regras endereçadas ao cônjuge, constatando-se que a Constituição de 1988 não equiparou essas entidades heterogêneas, devendo ser feita a análise da *ratio* da lei interpretada para se concluir pela constitucionalidade ou não do tratamento diferenciado. Assim, se a lei foi informada por princípio relativo à solenidade do casamento, como é o caso do conferimento de título sucessório, nítido efeito patrimonial do casamento, tal regra não deverá ser necessariamente aplicada ao companheiro, salvo se houver previsão expressa nesse sentido. Ao contrário, se a *ratio* da norma for um princípio próprio da convivência familiar, como por exemplo, a legislação relativa à previdência social, a não aplicação dessa regra ao companheiro contrariaria a Constituição da República (33).

2.7 Direitos reais: usufruto e direito real de habitação

Quanto aos direitos reais sobre coisa alheia, em favor do companheiro supérstite, anteriormente regulamentados nas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, consubstanciados no usufruto de parte do patrimônio do de *cujus* e no direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, não há previsão no Código Civil de 2002 relativa à manutenção ou revogação dos mesmos para o companheiro.

Partilha-se do entendimento no sentido de que, quanto ao usufruto, que era previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.971/94, a qual inseriu especificamente os direitos sucessórios do companheiro, houve a revogação tácita pelo Código Civil de 2002, que regulou esta matéria de sucessão de forma diversa.¹⁸

Assim é que, no artigo 2º, incisos I e II, da Lei nº 8.971/94, havia o direito real de usufruto em favor do companheiro supérstite em virtude da existência de descendentes ou ascendentes, que herdavam o patrimônio do de *cujus* sem a participação do companheiro sobrevivente. Logo, já que o companheiro não tinha herança concorrente, lhe era assegurado ao menos o usufruto de parte do patrimônio do falecido.

Contudo, no atual Código Civil, o companheiro sobrevivente divide a herança – apenas dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, é verdade – com os descendentes ou com os ascendentes, motivo pelo qual não se faz mais necessária a previsão do direito real de usufruto que existia exatamente em virtude do não recebimento de herança pelo companheiro sobrevivente.

Ainda, a corroborar a inaplicabilidade do usufruto ao companheiro, o atual Código Civil suprimiu o usufruto vidual anteriormente existente em favor do cônjuge supérstite (artigo 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916), que, por também passar a herdar conjuntamente com os descendentes ou os ascendentes do de *cujus*, deixou de precisar dessa garantia de sobrevivência.

Por outro lado, quanto ao direito real de habitação, previsto na Lei nº 9.278/96, artigo 7º, parágrafo único, não houve revogação tácita ou expressa no Código Civil de 2002, o qual o previu para o cônjuge (artigo 1.831), sendo correta a interpretação no sentido da manutenção desse direito real sobre coisa alheia em favor do companheiro sobrevivente, que, lembre-se, na hipótese em que o patrimônio foi adquirido pelo falecido apenas anteriormente à união estável ou de forma gratuita e que haja descendente ou ascendente do de *cujus*, não tem meação nem direito à herança, ficando garantida ao menos a sua habitação quanto ao imóvel destinado à residência da família.¹⁹

Dessa feita, resume-se a situação atual do companheiro, regulamentada pelo Código Civil e disposições anteriores que continuam em vigor como: a) direito à meação dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, não por mera presunção

¹⁸Nesse sentido, Agravo de Instrumento nº 336.392-4/8, TJ/SP, 9ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Ruyter Oliva, j. em 29.06.2004, V. U.

¹⁹Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (34) e, ainda, o Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88”.

relativa, mas sim pela aplicação do regime de comunhão parcial de bens (artigo 1.725), salvo expressa previsão das partes em contrário; b) ao invés do usufruto, que deixou de existir, o companheiro passou a herdar o patrimônio adquirido onerosamente durante a união estável, em concorrência com descendentes ou com ascendentes do falecido, afastando-se a concorrência com parentes colaterais; c) na hipótese de ausência de descendentes e de ascendentes, herdará a totalidade do patrimônio, não se aplicando as regras da herança jacente; e (d) possui direito real de habitação, mantida a previsão do artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96.

2.8 Artigo 1.830 do Código Civil

Quanto à polêmica previsão do artigo 1.830 do Código Civil, merece severas críticas. Isso porque, como levanta a doutrina de forma unânime, não se justifica a ênfase na culpa na separação, quando o direito caminha a passos largos em sentido oposto, afastando esse tipo de verificação, buscando-se o fortalecimento da separação por ruptura da vida conjugal. Ainda, o artigo, ao prever a possibilidade de o cônjuge separado de fato herdar o patrimônio do cônjuge que falece – direito a ser mantido por dois anos após a separação de fato, ou por prazo ilimitado após esta, se se provar a culpa do falecido – colide de frente com a previsão do artigo 1723, § 1º, que reconhece a união estável, mesmo quando um dos conviventes estiver apenas separado de fato.

Assim, será possível uma situação em que, um cônjuge, separado de fato, logo após a separação, passe a viver em união estável, falecendo um ano e onze meses após a separação de fato. A quem caberá a herança, à esposa, separada de fato, ou à atual companheira?

A referida previsão legal representa nítido retrocesso, uma vez que já se entendia no direito anterior que a mera separação de fato, desde que nitidamente demonstrada, era suficiente para afastar da sucessão o cônjuge sobrevivente²⁰, motivo pelo qual entendemos, da mesma foram que Francisco Cahali, que:

mesmo contrariamente à expressa previsão na norma, deve ser ignorada a condição imposta, retirando a condição de herdeiro do cônjuge separado de fato, independentemente do prazo da ruptura ou de sua causa, em qualquer situação (beneficiando ascendentes ou descendentes), mas especialmente se para a herança for convocado o companheiro sobrevivente.²¹ (35)

²⁰Interessante a referência ao acórdão proferido no Recurso Especial nº 108.706-RJ, em que foi Relator designado o Min. Cesar Asfor Rocha, da 4ª Turma do STJ, j. em 04.05.2000. Referida decisão foi, por maioria, no sentido de não reconhecer direito sucessório (usufruto vitalício) ao cônjuge que estava separado de fato, inclusive com separação de corpos, há mais de quatro anos quando do falecimento da esposa, que deixou uma filha menor com terceiro.

²¹Acrescente-se que a questão fática que leva à aplicação do art. 1.830 ensejará discussão em ação própria, e não nos autos do inventário, conforme decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 70014190227, do TJ/RS, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. em 30.03.2006, V. U.

3 Conclusão

Foram apresentadas no presente trabalho as soluções de interpretações entendidas como corretas para as previsões legais relativas à sucessão do companheiro no Código Civil de 2002.

Concluiu-se, de forma sucinta que, enquanto não for efetivada a modificação legal, incluindo o companheiro na ordem de vocação hereditária, será essencial a atitude do intérprete, no sentido de que: (a) na hipótese de filiação híbrida, aplique o inciso II do art. 1.790; (b) afaste da sucessão o parente colateral do companheiro falecido, caso haja companheiro sobrevivente, interpretando-se nesse sentido o inciso III do art. 1.790; (c) defira-se ao companheiro a integralidade do patrimônio do de *cujus*, na hipótese de ausência de descendentes e ascendentes, afastando a participação do Poder Público na herança (inciso IV).

Ainda se concluiu pela não caracterização, na legislação atual, do companheiro como herdeiro necessário e pela constitucionalidade do art. 1.790, apesar de tratar o convivente de forma diversa do cônjuge, equiparação que não foi feita na Constituição da República. Quanto aos direitos sucessórios, mantém-se o direito real de habitação, na forma prevista na Lei nº 9.278/96, restando revogado, contudo, o usufruto, pela nova previsão do art. 1.790, de herança concorrente do companheiro com descendentes e ascendentes do de *cujus*.

4 Referências

- TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 327-337.
- TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 337.
- CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**. v. 6. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 223-224.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado**. v. XVIII. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 68.
- CAHALI, Francisco José. **Contrato de Convivência da União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 280-281.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006. (Nota 2 ao art. 2.044 do CC, p. 1.052).

- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. OLIVEIRA, Juarez de. BARRETO, Zacarias. **Código Civil de 2002**, Comparado e Anotado. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 485.
- VELOSO, Zeno. **Quando entrou em vigor o novo Código?** Disponível em <www.soleis.adv.br/artigocodigocivilvigencia.htm>. Acesso em: 20.01.2007.
- TEPEDINO, Gustavo. Os quinze anos da Constituição e o direito civil. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 382.
- GRAU, Eros Roberto. Grau. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67.
- VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 241-242.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado**. vol. XVIII. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 59.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial, do direito das sucessões. vol. 20. AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53.
- VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 242.
- CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**. v. 6. 2ª ed., cit. p. 228.
- CAHALI, Francisco José. **Contrato de Convivência da União Estável**, cit. p. 264-265.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. v. XXI. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 64.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 175-176.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial, do direito das sucessões. v. 20. AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord.), São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado**. vol. XVIII. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 70.
- CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**. v. 6. 2ª ed., cit. p. 232.

- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. v. 7. São Paulo: Atlas, 2003. p. 121.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial, do direito das sucessões. v. 20. AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 60-64.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial, do direito das sucessões. v. 20. AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62-63.
- AMORIM, Sebastião Luiz. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Inventários e Partilhas. Direito das Sucessões. **Teoria e prática**. São Paulo: Leud, 2003, p. 176.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. v. 6. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 144.
- VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 244-245.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial, do direito das sucessões. v. 20. AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 61.
- VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 248-249.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. v. 6. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 144-145.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheiro** – Uma espécie de família. 2ª ed. Rio de Janeiro: RT, 2001. p. 463 e ss.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 214 e ss.
- TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 346.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial, do direito das sucessões. v. 20. AZEVEDO, Antonio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56.
- CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**. v. 6. 2ª ed. p. 222.