

ABORDAGEM SOBRE OS ASPECTOS POLÊMICOS E CONTROVERSOS DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Joanne Nair Alexandre Silva¹

Gabriella Simonetti Meira Pires Barbalho²

RESUMO

Analisa-se o polêmico e controvertido tratamento desigual dado ao cônjuge e ao companheiro no Código Civil de 2002, tal divergência não está em consonância com a Constituição Federal de 1988, que equiparou o casamento a união estável, reconhecendo essa última como entidade familiar, portanto não estabelece hierarquia entre ambas. A maior polêmica a respeito do tema é a redação e aplicação do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, bem como a discussão quanto a sua constitucionalidade. O companheiro teve seus direitos diminuídos com relação a legislações anteriores, enquanto o cônjuge agora goza de situação sucessória mais benéfica. O presente trabalho objetiva defender a igualação dos tratamentos sucessórios do cônjuge e do companheiro e a necessidade de reforma do Código Civil de 2002 a respeito desse tema. Tudo isso utilizando o método dialético, através de estudos já feitos e referências bibliográficas, com a abordagem dos diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relativos ao assunto.

Palavras-chave: Sucessão. Cônjuge. Companheiro. Desigualdade.

APPROACH ON THE ISSUES OF LAW POLEMICS AND CONTROVERSIES SUCCESSION OF SPOUSE AND COMPANION

ABSTRACT

It analyses given the controversial treatment unequal to the spouse and partner in the Civil Code of 2002, this divergence is not consistent with the Federal Constitution of 1988, which equated the stable marriage, recognizing the latter as a family, so does not establish the hierarchy between them. The greatest controversy over the issue is wording and the application of article 1.790 of the Civil Code of 2002, as well as discussion of its constitutionality. The companion had their rights diminished in relation to previous legislation, while the spouse now enjoys an inheritance more beneficial. This paper demonstrates the need to aims for equalization of treatments succession of spouse and partner, demonstrating the need for reform of the Civil Code of 2002 on this subject. All this using the dialectical method, through studies ever made, with the approach of the various doctrinal and jurisprudential positions on the subject.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: joannenas_88@hotmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN E-mail: gabybarbalho@hotmail.com

Keywords: Succession. Spouse. Companion. Inequality.

1 INTRODUÇÃO

É histórico o tratamento desigual entre cônjuges e companheiros, só reconhecendo-se a união estável como entidade familiar em 1988 com a redação do artigo 226 da atual Constituição Federal (BRASIL, 1988), momento em que também foi reconhecida a família monoparental.

O cônjuge foi incluído no Código Civil (BRASIL, 2002) como herdeiro necessário, estando em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, em detrimento disso recebeu diversos novos benefícios no que diz respeito ao direito sucessório, enquanto o companheiro teve suas garantias prejudicadas, tendo perdido o que havia amealhado através das Leis nº 8.971 (BRASIL, 1994) e 9.278 (BRASIL, 1996).

Com o novo Código Civil foi criado o instituto da concorrência sucessória, que consiste na possibilidade do cônjuge ou do companheiro concorrerem com outros parentes sucessíveis a herança deixada pelo *de cujus*³. No caso do cônjuge a concorrência se dará somente com os primeiros na ordem de vocação hereditária (descendentes e ascendentes), já o companheiro além de concorrer com esses concorrerá também com os parentes colaterais até o 4º grau do falecido. Dessa forma, está em último lugar para o recebimento da herança.

Tudo isso trouxe a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre essa diferenciação, principalmente, em detrimento das imprecisões da legislação que regula o tema, bem como a não aplicação da equiparação dada constitucionalmente às duas entidades familiares.

Portanto, objetiva-se com o presente trabalho fazer uma análise crítica do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), abordando a não consonância do seu artigo 1.790, que regula a sucessão do companheiro, com a Constituição (BRASIL, 1988), além de defender o dever de igualar os tratamentos entre cônjuges e companheiros, discutindo-se as distinções trazidas para eles pela legislação brasileira. Também, serão expostos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, através de

³ *De cujus* é uma expressão forense usada em matéria de sucessões com relação ao autor da herança, são as primeiras palavras da expressão latina *de cujus successione agitur* que significa "de cuja sucessão se trata".

referências bibliográficas, defendendo a necessidade de reforma da legislação civil, com o fim de acompanhar os ditames constitucionais e as mudanças na realidade social brasileira.

Além do já exposto, é apropriado enfatizar que a tal disparidade de tratamento vai de encontro ao princípio da segurança jurídica, questiona-se, ainda, a aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso no assunto em discussão.

O presente tema é polêmico e tem grande relevância jurídica e social, por se tratar de uma posição discriminatória adotada por nossa legislação, que diferencia pessoas em situações iguais perante a sociedade, portanto deve ser analisado em um estudo mais aprofundado.

2 QUANTO A EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, em seu artigo 226, §3º (BRASIL, 1988) e não determinou padrões que a distinguisse do casamento nem, muito menos, deu mais valor a esse.

Com isso, nossa Carta Magna demonstra considerar as duas entidades familiares com a mesma força e importância constitucional, sem nenhuma intenção de diferenciá-las, ou seja, o anseio constitucional é equiparar tais entidades.

Como consequência cônjuge e companheiro deveriam ter os mesmos direitos perante a lei, porém isso não foi concretizado, o que pode ser considerado uma afronta aos preceitos constitucionais. Um grande exemplo disso é a parte sucessória do Código Civil (BRASIL, 2002), que trata com total disparidade essas pessoas.

O referido Código regula de forma diferente situações idênticas, indo de encontro ao princípio da igualdade, que veda o tratamento desigual entre pessoas que se encontrem em situação equivalente, portanto deve ser vedado ao legislador utilizar a lei para discriminar quem merece tratamento idêntico como é o caso do cônjuge e do companheiro.

E, portanto, só deve a lei fazer distinções que estejam de acordo com os critérios de razoabilidade e adequação correspondentes a cada situação, o que não se aplica a situação jurídica sucessória do cônjuge e do companheiro, estes merecem tratamento igual por serem iguais, entidades familiares duradouras com vínculos de afeto verdadeiros e proteção constitucional.

O argumento supracitado pode ser reforçado em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nele é defeso o dever de assegurar a cônjuge e companheiro o mesmo tratamento, em observância ao princípio da equidade, pois tratá-los de forma desigual seria desamparar a família constituída pela união estável, privilegiando a formada pelo casamento. Como pode se observar nas palavras do referido julgado:

AGRAVO 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 IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, **a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil**, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei (Agravado de Instrumento nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007). (Grifos nossos).

O anseio da Constituição é a justiça, tratar cônjuge e companheiro desigualmente é fechar os olhos para a realidade brasileira que demonstra cada vez mais querer evitar os rigores matrimoniais buscando constituir suas famílias na informalidade da sociedade de fato, mas sem, jamais, perder o respeito pela família.

3 A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O tratamento dispare constante no Código Civil (Brasil, 2002) entre cônjuge e companheiro é o causador de grande insegurança jurídica, os julgamentos por todo o Brasil

têm trazido soluções diversas para situações fáticas idênticas como bem defende Giselda Hironaka (2009, p.455).

Guilherme Machado Casali (2007, p. 6281) conceitua segurança jurídica como “a garantia da exigibilidade de direito certo estável e previsível, devidamente justificado e motivado com vistas à realização da justiça”. E disso podemos concluir que sem segurança jurídica, sem proteção a confiança dos indivíduos da sociedade, não existe justiça. Para que ela exista é necessária uma real atuação do Estado efetivando as mudanças legais em acordo com as mudanças sociais, com o fim de equilibrar essas situações, pois uma depende da outra, a lei regula a sociedade e deve corresponder a sua realidade.

A legislação deve se adequar aos fatos e ao tempo que regula, sendo um total disparate para uma sociedade que a cada dia mais concretiza uma entidade familiar livre de burocracias matrimônias, se adequando a sua época, vê-la receber um tratamento inferiorizado. Casamento e união estável são idênticos em essência e finalidade, a lei tem que tratá-los como iguais tanto na vida quanto na sucessão. Portanto, a razão está presente nas palavras de Giselda Hironaka (2009, p.454) quando diz que “A lei deve atentamente acompanhar essas transformações, para que não reste anacrônica, para que não perca seu sentido maior que é o da proteção da sociedade e das pessoas, em cada uma de suas relações interpessoais”.

Alguns juristas veem a insegurança pelo aspecto do retrocesso trazido em razão da distinção entre cônjuge e companheiro no direito sucessório brasileiro, mesmo porque são entidades familiares equiparadas pela Constituição e, também, pela regressão em razão do convivente ter perdido direitos já adquiridos e que o aproximavam da situação sucessória do viúvo.

Viola-se, dessa maneira, o princípio da proibição ao retrocesso que tem como objetivo, segundo as palavras de Italo Fuhrmann (2009, p. 568), “[...] à tarefa de impor limites constitucionais à atuação do legislador ordinário no que concerne a restrição e/ou supressão dos direitos fundamentais sociais concretizados em nível infraconstitucional [...]”.

A vedação ao retrocesso é um direito subjetivo já adquirido anteriormente e que deve ser garantido nas legislações futuras, havendo uma confiança depositada na inalterabilidade da situação como menciona Zeno Veloso (2010. p. 182) em estudo a respeito das palavras de Canotilho, nestes termos:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente

garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial: a liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”.

Não é acertado retroagir a uma situação jurídica pior em relação a direitos sociais adquiridos, o desrespeito ao princípio da segurança jurídica fere a própria ideia de justiça, o direito deve ser atual e justo sempre.

4 O TRATAMENTO SUCESSÓRIO ANTERIOR AO ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

4.1 SUCESSÃO DO CÔNJUGE

A situação sucessória do cônjuge sofreu ao longo dos tempos algumas modificações, um evolucionismo histórico que lhe atribuiu diversos direitos antes não previstos, até chegar à sua situação atual, essa regulamentada pelo Código Civil de 2002.

Podemos iniciar nosso estudo histórico citando as Ordenações Filipinas, editadas em 11 de janeiro de 1603 no reinado de Felipe III, em seu conteúdo previa-se que o cônjuge somente seria chamado à sucessão após o 10º grau dos parentes colaterais (Veloso, 2010).

Posteriormente, em 1858, a Consolidação das Leis Civis regrou-se da mesma maneira. Era disposta em seu art. 959 a ordem de vocação hereditária, que se apresentava da seguinte maneira: em primeiro lugar vinham os descendentes, na sua falta os ascendentes, sem estes os colaterais até o 10º grau e, só após todos eles, o cônjuge sobrevivente receberia a herança, caso convivessem na mesma casa a época do falecimento, como o disposto no seu art. 973 (Veloso, 2010).

É notável como o cônjuge foi prejudicado nas legislações citadas, sendo a herança um direito quase inalcançável, era praticamente excluído da sucessão. Até que foi criada a Lei Feliciano Pena, onde o cônjuge foi colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, logo após descendentes e ascendentes, antes dos parentes colaterais, que, como visto, eram os ocupantes dessa terceira posição (Veloso, 2010).

Essa mudança foi muito significativa, aumentando o direito do cônjuge sobrevivente ao recebimento da herança. Vale ressaltar outra alteração trazida pela Lei Feliciano Pena, além dos colaterais terem sido colocados em quarta posição também tiveram seu alcance diminuído ao sexto grau parentesco, não mais o décimo.

No art. 1.603, do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) estava presente sua ordem de vocação hereditária, da seguinte forma: primeiro herdavam os descendentes; depois os ascendentes; sem estes o cônjuge sobrevivente; na falta dos anteriores os parentes colaterais, e no caso do falecido não deixar parentes sucessíveis ficariam com herança os Municípios, o Distrito Federal ou à União.

Como é possível notar, no Código Civil de 1916 o cônjuge continuou em terceira posição, idêntico ao previsto na Lei Feliciano Pena, e, além disso, não foi tratado como herdeiro necessário, excluído, portanto, de seu art. 1.721 (BRASIL, 1916), onde eram descritos tais herdeiros, em seu rol constavam somente descendentes e ascendentes. Em detrimento dessa exclusão o esposo poderia perder o direito a herança por simples disposição do *de cujus*, sem nenhuma necessidade de justificativa, podendo o sobrevivente ficar totalmente desamparado, a depender do regime de bens adotado, tal situação só poderia ser sanada caso o cônjuge deixasse de ser herdeiro facultativo.

Com o fim de amparar o cônjuge em situações que não fosse beneficiado através da herança ou pelo regime de bens, houve uma alteração ao referido Código. Essa foi trazida pela Lei 4.121 (BRASIL, 1962), conhecida como Estatuto da Mulher Casada, dava ao cônjuge direitos reais sobre parte da herança, como pode ser visto no artigo 1.611 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), nestes termos:

Art. 1.611. A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos em borá sobrevivam ascendentes do *de cujus*.

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

§ 3º Na falta de pai ou mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilita para o trabalho.

Da maneira exposta pelo referido artigo, o direito ao usufruto vidual ou ao direito real de habitação não eram cumulativos, dependiam do regime de bens, diferente do que foi deferido ao companheiro que tinha possibilidade cumular ambos os direitos, privilegiando de certa maneira o convivente em relação ao cônjuge sobrevivente.

Além do já exposto, vale frisar que no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) o cônjuge não concorria à herança, em propriedade, com os demais herdeiros, somente em usufruto. Uma classe só herdava quando esgotados os herdeiros da anterior, não existia a concorrência sucessória, o que consideramos mais acertado, foi introduzida apenas com o advento Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) e é amplamente discutida no âmbito jurídico.

4.2 SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Segundo o vislumbrado anteriormente, é perceptível que o histórico sucessório do cônjuge na legislação brasileira atravessou várias transformações ao longo dos tempos, até alcançar o tratamento recebido atualmente. Já o companheiro só passou a ter direitos sucessórios com a evolução da união estável e seu reconhecimento constitucional como entidade familiar, que se deu, através da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

A união estável, que também pode ser denominada de sociedade de fato, é caracterizada pela união duradoura e reconhecida de duas pessoas, sem casamento, com o fim de constituir família, em outras épocas era chamada de concubinato e, não tinha regulamentação própria nem aplicação por equiparação ou analogia.

A essa união, livre das convenções matrimoniais, foi garantido o direito a partilha judicial do patrimônio adquirido pelo esforço comum, isso através da súmula 380 do STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1964).

Apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 essa união passou a ser considerada entidade familiar e foi denominada “união estável”, tudo pela criação do seu artigo 226, §3º (BRASIL, 1988), que o fez através das seguintes palavras: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Como é possível observar, a Constituição buscou com o artigo citado facilitar a conversão da união estável em casamento, sem demonstrar nenhuma hierarquia entre as duas instituições familiares, igualando-as.

No ano de 1994 foi iniciado o reconhecimento da união estável em nossa legislação infraconstitucional, com a criação da Lei nº 8.971 (BRASIL, 1994), que regulamentou o direito de companheiro a sucessão e ao direito real do usufruto vitalício.

Na referida Lei foram estabelecidas diretrizes muito semelhantes às dadas ao cônjuge naquele momento legislativo, vigorava, então, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916). O artigo 2º da Lei 8.971 (BRASIL, 1994) atribuiu aos companheiros, desde que, fossem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos e convivessem a mais de cinco anos (requisitos para a constituição da união estável no momento), os seguintes direitos:

- I – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;
- II – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
- III – na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Posteriormente, foi criada a Lei 9.278 (BRASIL, 1996) no seu artigo 1º houve a modificação dos requisitos para a caracterização da união estável, reconhecendo “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Essa Lei acrescentou, como direito sucessório do convivente, o direito real a habitação, aproximando mais ainda seus direitos aos do cônjuge.

É notória a evolução com o fim de aproximar os direitos sucessórios do companheiro aos do cônjuge, a equiparação constitucional demonstra que deve ser estabelecida a igualdade entre eles, sendo infundado qualquer tratamento que os distinga.

5 O DIREITO DO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O atual Código Civil (BRASIL, 2002) modificou substancialmente a situação sucessória do cônjuge, sendo esse amplamente beneficiado com tais mudanças, diferente do ocorrido com o companheiro, como veremos posteriormente.

Uma dessas alterações foi sua elevação ao patamar de herdeiro necessário disposta no artigo 1.845 do Código Civil (BRASIL, 2002), não podendo ser excluído da herança, a menos que sejam verificados os casos de deserdação, indignidade ou, ainda, que como herdeiro renuncie à herança. Dessa forma, preservando a condição de herdeiro necessário, fará jus a legítima regulamentada no artigo 1.846 do Código mencionado (BRASIL, 2002): tem-se por legítima a metade dos bens do *de cujus* que não pode ser disposta em testamento.

Como defende Zeno Veloso (2010, p.27):

A legítima não pode ser diminuída, rebaixada; a legítima é intangível; não se admite sujeita-la a ônus, encargos, gravames, condições (cf. art. 549 do Código Civil italiano); não pode ser objeto de legado, usufruto, fideicomisso, pensão, habitação, ou de outros direitos dessa natureza. Quaisquer determinações que desfalquem a legítima são ineficazes.

A ordem de vocação hereditária foi mantida, ficando o cônjuge em terceiro lugar, como o estabelecido anteriormente pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), mas foi feita nela uma grande alteração, o acréscimo do instituto da concorrência sucessória, onde o cônjuge pode concorrer com descendentes (dependendo do regime de bens) e com ascendentes (independente do regime de bens) do autor da herança. Tudo isso, de acordo com o previsto no art. 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002).

É necessário observar que só é reconhecido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se na data do falecimento não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova da convivência ter sido tornado impossível sem culpa do sobrevivente, como o previsto no art. 1.830 do Código Civil (BRASIL, 2002). Porém, de maneira diversa têm atuado os tribunais, com o entendimento de que com a separação de fato o cônjuge perde o direito a herança com a cessação da vida em comum, não se aplicando o previsto no referido artigo, como é possível perceber através dos seguintes julgados, o primeiro do Superior Tribunal de Justiça e o seguinte do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. INCLUSÃO DA ESPOSA DE HERDEIRO, NOS AUTOS DE INVENTÁRIO, NA DEFESA DE SUA MEAÇÃO. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Em regra, o recurso especial originário de decisão interlocutória proferida em inventário não pode ficar retido nos autos, uma vez que o procedimento

se encerra sem que haja, propriamente, decisão final de mérito, o que impossibilitaria a reiteração futura das razões recursais.

2. Não faz jus à meação dos bens havidos pelo marido na qualidade de herdeiro do irmão, o cônjuge que encontrava-se separado de fato quando transmitida a herança.

3. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge.

4. A preservação do condomínio patrimonial entre cônjuges após a separação de fato é incompatível com orientação do novo Código Civil, que reconhece a união estável estabelecida nesse período, regulada pelo regime da comunhão parcial de bens (CC 1.725)

5. Assim, em regime de comunhão universal, **a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal.**

6. Recurso especial provido. (REsp 2003/0087630-7. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ 05/05/2009). (Grifos nossos).

 AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. EX-CÔNJUGE SEPARADO DE FATO. DIREITO DE HERANÇA. INEXISTÊNCIA. **A separação de fato põe termo ao regime de bens**, seja qual for o regime em que tenha sido celebrado o casamento. Assim, quando a abertura da sucessão é posterior à data da separação de fato, o cônjuge que se separou não tem qualquer direito a parte da herança a ser recebida pelo ex-cônjuge. Precedentes jurisprudenciais. NEGADO SEGUIMENTO. EM MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento Nº 70041634999, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Rui Portanova. DJ 14/03/2011). (Grifos nossos).

Outro aspecto relativo à sucessão do cônjuge no atual Código Civil (BRASIL, 2002) é que dependendo do regime de bens vigente na época do falecimento do autor da herança (pois há a possibilidade de mudança de regime de acordo com a vontade das partes), será cabível ou não a concorrência sucessória com os descendentes.

Dentre os regimes que dão direito ao cônjuge de concorrer em primeira classe estão o da comunhão parcial de bens, da separação convencional de bens e da participação final nos aquestos. É importante ressaltar que nesses regimes só ocorrerá a concorrência tendo deixado o falecido bens particulares, ou seja, que não participam da meação⁴, não entrando na partilha os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, pois já serão partilhados *inter vivos*⁵, antes da morte. Vale mencionar que tratamento totalmente diferente é dado ao companheiro que só concorre aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

⁴ É apropriado diferenciar a meação da herança, pois essa última faz parte do direito sucessório enquanto a primeira como alerta Zeno Veloso (2010) “não integra o direito sucessório pois preexiste a morte, pertence ao cônjuge por direito próprio, é efeito do regime de bens do casamento”.

⁵ *Inter vivos* é uma expressão latina e significa entre pessoas vivas.

Além dos regimes citados existem os que não dão direito ao cônjuge de concorrer com os descendentes, e são eles a comunhão universal e a separação obrigatória de bens.

Na comunhão universal não há concorrência, pois o cônjuge sobrevivente já partilha em vida da totalidade dos bens deixados pelo falecido, não existindo justificativa para concorrer com os descendentes, assim relata Maria Berenice Dias (2011, p. 56):

Como não existem bens particulares, na hora de apartar a meação do cônjuge sobrevivente, pouca coisa fica fora da divisão (CC 1.668). A cada um dos cônjuges corresponde à metade ideal de todo o patrimônio que constitui acervo único. É o que se chama de **mancomunhão**, propriedade em mão comum que, apesar das semelhanças, não se confunde com o condomínio. (Grifos no original).

Já a não possibilidade de concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da separação obrigatória ocorre, em detrimento, de sua separação patrimonial e tal regime de bens serem imposições legais para quem contrai matrimônio com mais de 70 anos, previsão do art. 1.641 do Código Civil (BRASIL, 2002) ⁶. Também se argumenta a manutenção da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que tem em sua redação “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, portanto como explicita Flávio Tartuce (2010), não há cabimento para a concorrência, pois o viúvo já teria direito a partilha dos aquestos, porém há quem defenda a não aplicabilidade dessa súmula nos dias atuais, como é o caso de José Fernando Simão (2010).

No que diz respeito a concorrência do cônjuge com os ascendentes pouco importa o regime de bens, ocorrendo em qualquer que seja o regime.

Como bem é lembrado no Código Civil Comentado, coordenado pelo Ministro Cesar Peluso (2011), o viúvo concorre com os ascendentes não só sobre os bens particulares do *de cujus*, mas também nos bens comuns.

Como já ocorria na Legislação Civil passada na falta de descendentes e ascendentes o cônjuge sobrevivente herda a totalidade da herança, previsão do art. 1.838 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Outra mudança trazida pelo Novo Código Civil foi a retirada do direito ao usufruto viúval, isso de maneira acertada, pois foi sistema bastante criticado anteriormente. Mas foi mantido o direito real de habitação (não foi previsto o mesmo direito para o companheiro),

⁶ A lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010 alterou a redação do art. 1.641, II do CC (BRASIL, 2002) aumentando a idade de imposição do regime legal de 60 para 70 anos.

apenas sendo revogada a exigência de só ter esse direito enquanto perdurar a viuvez, como visto no art. 1.831 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

6 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil anterior (BRASIL, 1916) não continha previsões a respeito da união estável nem, tão pouco, do direito sucessório do convivente, o que foi acrescido pelo atual Código Civil (BRASIL, 2002).

Anteriormente os direitos hereditários do companheiro estavam previstos nas Leis 8.971 (BRASIL, 1994) e 9.278 (BRASIL, 1996) onde o companheiro tinha direito ao usufruto viual e ao direito real de habitação. E, além disso, teria direito a receber a totalidade da herança se não existissem descendentes nem ascendentes, antes dos parentes colaterais e sem existência de concorrência.

Tudo exposto demonstra a aproximação do companheiro ao cônjuge nas legislações anteriores ao Código Civil (BRASIL, 2002), que deixou de aproveitar a oportunidade para equipará-los, conforme preconiza a própria Constituição Federal.

Segundo as palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 72) o Novo Código Civil (BRASIL, 2002) prejudicou o convivente:

Ao menos em cinco aspectos [...]: (a) não o reconheceu como herdeiro necessário; (b) não lhe assegurou quota mínima; (c) o inseriu no quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos colaterais; (d) limitou o direito concorrente aos bens adquiridos onerosamente durante a união; (e) não lhe conferiu direito real de habitação; e (f) só recebe a totalidade da herança se não existir herdeiro algum.

O legislador equivocou-se até quanto à localização da matéria referente ao companheiro, pois o artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), onde estão as disposições sucessórias a respeito do companheiro, está localizado na parte geral das previsões sucessórias, não constando na ordem de vocação hereditária.

Diferente do que ocorreu com o cônjuge, como abordado anteriormente, sucessão do convivente é restrita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Dessa forma, não herda os bens que o *de cujus* já possuía antes do início da convivência, nem os adquiridos a título gratuito, sendo, como regra, herdeiro do que já foi meeiro (bens comuns), dependendo do regime de bens escolhido para a união.

Vale salientar que o regime geral de bens estabelecido para a união estável pelo Código Civil (BRASIL, 2002) é o da comunhão parcial de bens, ou seja, não optando por regime diverso será esse o que ditará as regras patrimoniais da união.

Outro aspecto retratado no artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002) é a previsão da possibilidade do companheiro concorrer com os demais herdeiros (descendentes, ascendentes e colaterais).

Como já mencionado, o cônjuge concorre com os descendentes a depender do regime de bens estabelecido para o casamento, já no caso do companheiro a concorrência independe disso, só depende da existência de bens adquiridos onerosamente na constância da união, pois é sobre esses que se concorre. Além disso, o companheiro não fará jus a quota mínima caso seja ascendente dos herdeiros com quem concorrer⁷.

Outro ponto que deve ser mencionado é o relativo à redação do artigo 1.790, I, do Código Civil (BRASIL, 2002), pois somente menciona os filhos comuns como concorrentes, deixando no esquecimento a concorrência com os demais descendentes, segundo Zeno Veloso (2010) isso se deve a falta de técnica legislativa, não sendo um erro proposital. O Enunciado 266 da III Jornada de Direito Civil explica “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”.

Já, concorrendo com outros parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais, os últimos até o quarto grau) o convivente terá direito a um terço da herança, observando-se a ordem de vocação hereditária.

No que diz respeito à concorrência do companheiro com os ascendentes, esse tocará apenas um terço da herança, independente do grau de parentesco ou de com quantos ascendentes concorra. Tratamento totalmente desigual ao dado ao cônjuge que existindo ascendentes em primeiro grau (pai e mãe) terá direito a um terço da herança, só vivendo um deles ou se maior for aquele grau o viúvo ficará com metade do acervo hereditário. Tal

⁷ O cônjuge ao concorrer com descendentes comuns do *de cujus*, tem direito a quota mínima de uma quarta parte da herança, isso é assegurado pelo artigo 1.832 do CC (BRASIL, 2002).

diferenciação não coaduna com os preceitos constitucionais vigentes, merecendo o convivente o mesmo tratamento recebido pelo cônjuge.

Outra disparidade ocorre no referente à existência de concorrência do convivente com os parentes colaterais. Segundo o previsto nas Leis anteriores ao atual Código Civil não havendo descendentes nem ascendentes o convivente herdava sozinho toda a herança, sendo excluídos os parentes colaterais. Com o advento no Novo Código (BRASIL, 2002) o companheiro concorre também esses parentes, o que já foi um absurdo. Além disso, o companheiro, da mesma forma que ocorreu com os ascendentes, apenas tem direito a um terço da herança, ficando os colaterais com dois terços.

Há um incidente de Arguição de Inconstitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça, que defende a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil, pelos motivos acima mencionados, como é possível vislumbrar com a seguinte ementa:

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. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada. (STJ, AI no REsp 1135354 / PB, rel. Min. Luís Felipe Salomão, 24/05/2011).

Somente em último caso, não existindo mais nenhum parente sucessível (descendentes, ascendentes e colaterais) o companheiro herdará a totalidade da herança.

Por fim, o Código Civil (BRASIL, 2002) não menciona o direito real de habitação no que diz respeito ao companheiro, mesmo tendo mantido o cônjuge com essa garantia, demonstrando a intenção do legislador de excluir o convivente. Alguns doutrinadores, como Francisco José Cahali (*apud*, Tartuce, 2010, p.250), defendem a revogação dos artigos que preceituavam esse direito por incompatibilidade com a nova lei.

Essa é uma exclusão muito criticada pela doutrina, tanto que é entendimento majoritário defende a manutenção do direito real de habitação ao companheiro. Tal entendimento é elucidado no Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que explica: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88”.

Visivelmente o enunciado citado demonstra dois argumentos para a concessão do direito real de habitação ao convivente. Portanto não é adequado admitir tamanha desproporção de tratamento entre cônjuge e companheiro, ambos merecendo direitos iguais, inclusive no relativo ao direito real de habitação.

Agindo da forma descrita a jurisprudência já decidiu conferindo ao convivente o direito real de habitação em vários julgados, como neste do Tribunal de Justiça de São Paulo:

UNIÃO ESTÁVEL E DIREITO REAL DE HABITAÇÃO – Decisão agravada que garantiu ao companheiro o direito real de habitação - Correção - União estável incontroversa – Imóvel utilizado pelo casal como moradia - Preenchidos os requisitos do parágrafo único do artigo 7º, da Lei nº 9.278/96, não revogado pelo Novo Código Civil - Decisão mantida - Recurso desprovido. (TJSP, AI 990.10.007582-9, rel. De Santi Ribeiro, 29/06/2010).

Diversamente existe quem defenda o não cabimento desse direito ao companheiro, o que consideramos um posicionamento equivocado, não pertinente com aos preceitos constitucionais. Mas é o entendimento demonstrado no seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

POSSESSÓRIA. AJUIZAMENTO CONTRA OCUPANTE DE IMÓVEL PERTENCENTE A ESPÓLIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL, RECONHECIDO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA RÉ EM RELAÇÃO À RESIDÊNCIA DE CASAL. DECISÃO REFORMADA. NÃO SUBSISTE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, SEM DIREITO À HERANÇA DO FINADO, DESDE O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. É A LEI DA ÉPOCA DA ABERTURA DE SUCESSÃO QUE A DEVE REGER. OCUPAÇÃO INDEVIDA E INJURÍDICA. RECURSO PROVIDO. (TJSP, Apl. nº 991.06.028671-7, rel. Campos Mello, 26/07/2010).

Em fim, maior polêmica trazida nesse assunto é a concernente a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O dispositivo legal citado demonstra a total disparidade de tratamento entre cônjuge e companheiro, mesmo havendo a equiparação constitucional da união estável e do casamento, portanto merecem tratamento igualitário. Em razão disso há um número expressivo de decisões afastando o disposto no art. 1.790 do CC e aplicando o art. 1.829 do mesmo código (BRASIL, 2002), colocando viúvo e convivente sobrevivente em posição

igualitária na sucessão, como demonstra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE ATRIBUIÇÃO DA QUALIDADE DE ÚNICA HERDEIRA À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DESNECESSIDADE DE REPARO. DIREITO QUE SOMENTE PODERÁ SER RECONHECIDO MEDIANTE AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. INTERLOCUTÓRIO QUE DETERMINAVA COM ABSOLUTO DESACERTO A INCIDÊNCIA DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL CASO HOUVER DIREITO SUCESSÓRIO DA AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1829, III, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL QUE VEDA A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA PARA FINS SUCESSÓRIOS. INTELIGÊNCIA, ADEMAIS, DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDENADO O PROSSEGUIMENTO DO INVENTÁRIO. EQUÍVOCO RECONHECIDO. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DECLARATÓRIA JÁ EM TRAMITAÇÃO, PROPOSTA PELA ORA AGRAVANTE. EXEGESE DO ART. 265, IV, "A", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. **Os tribunais pátrios têm admitido a aplicação do art. 1.829 do Código Civil não somente para a cônjuge, como também para a companheira, colocando ambas em posição de igualdade na sucessão.**
2. Mostra-se adequada a suspensão do inventário quando a decisão a ser proferida em ação declaratória de união estável tem a possibilidade de alterar completamente os herdeiros. Caso comprovada a existência de união estável, o direito sucessório da companheira exclui o dos sobrinhos do *de cujus*. (TJSC, AI 2007.006153-5, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, 29/10/2008). (Grifos nossos).

Também existem os que defendem a não equiparação constitucional da união estável ao casamento, alegando que a constituição tão somente reconheceu tal união como entidade familiar, dessa forma tendo o cônjuge garantias não estendidas ao convivente, o que consideramos um pensamento equivocado. Mas esse posicionamento é o demonstrado no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

APELAÇÃO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERANÇA. PARTICIPAÇÃO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO A CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA.

1. **A Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquele como entidade familiar** (art. 226, §3º, CF).
2. É possível verificar que a legislação civil buscou resguardar, de forma

especial, o direito do cônjuge, o qual possui prerrogativas que não são asseguradas ao companheiro.

3. O tratamento diferenciado dado pelo Código Civil a esses institutos, especialmente no tocante ao direito sobre a participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido, não ofende o princípio da isonomia, mesmo que, em determinados casos, como o dos presentes autos, possa parecer que o companheiro tenha sido privilegiado.

4. O artigo 1.790 do Código Civil, portanto, é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia - entendimento da Turma no AGI nº 2009.00.2.001862-2.

5. Negou-se provimento ao recurso. (TJDF, Apl. 20051010071046APC, rel. Des. Flavio Rostirola, 13/05/2010). (Grifos nossos).

Ainda, podemos mencionar Enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em 2007 que abordou tal questão, afirmando “Sucessão pelo companheiro sobrevivente. Aplicação das mesmas disposições aplicadas à sucessão pelo cônjuge. É inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, devendo incidir, na sucessão pelo companheiro supérstite, as mesmas regras aplicadas ao cônjuge sobrevivente”.

É importante ressaltar o tratamento quanto ao regime da separação obrigatória de bens na união estável, pois esse é imposto por força de lei ao casamento com pessoa acima dos setenta anos de idade. Há o entendimento de que o companheiro deve receber o mesmo tratamento dado ao cônjuge, pois o diverso causaria um desestímulo ao casamento. Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que decidiu por unanimidade nos termos da ementa a seguir exposta:

RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa;

II - **A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do *de cujus*, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento**, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário;

IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência;

V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC).

VI - Recurso parcialmente provido. (STJ, Recurso Especial nº 2008/0207350-2, 4ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, DJ 02/03/2010). (Grifos nossos).

Diante de tudo exposto, é inegável a falta de coerência existente no tratamento dispare aplicado ao cônjuge e ao companheiro, pois não atende aos preceitos constitucionais nem a realidade de nossa sociedade.

7 NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A diferenciação entre cônjuge e companheiro no atual Código Civil tem explicação histórica, pois o seu projeto inicial foi elaborado em 1975 e não continha disposições acerca da união estável. Durante sua tramitação no Senado, tal projeto, foi emendado, incluindo o direito sucessório em favor do convivente, porém essa emenda foi anterior a Constituição Federal de 1988 (Peluso, 2011), o que explica tamanho disparate de tratamento.

Como podemos notar é de crucial importância à reforma do art. 1.790 do Código Civil vigente (Brasil, 2002), já que as famílias formadas pela união estável ou pelo casamento são idênticas em vínculos de afeto e têm o mesmo fim, constituir família, não podendo ser diferenciadas.

Existiram alguns projetos de reforma em tramitação querendo alterar o dispositivo mencionado, um deles é o PL nº 276/2007 (BRASIL, 2007a) que lhe daria a seguinte redação:

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

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

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

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

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

O seu projeto original, elaborado pelo Deputado Ricardo Fiúza, que foi arquivado e reapresentado pelo Deputado Léo Alcântara com a formação citada, sendo novamente arquivado no dia 31.01.2011. Como é possível vislumbrar essa redação do artigo 1.790 aproximaria a situação do companheiro a do cônjuge analogicamente, porém não os igualaria, dessa forma, ainda, não estaria de acordo com os preceitos constitucionais.

Existe em tramitação o Projeto Lei 508/2007 (BRASIL, 2007b), de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, busca a alteração de dispositivos do Código Civil (Brasil, 2002) igualando os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros. Esse Projeto pretende revogar o art. 1.790 do CC (Brasil, 2002) e trata viúvo e convivente nos mesmos dispositivos. Há uma modificação substancial no art. 1.829 do CC (Brasil, 2002), como podemos verificar:

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

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

Nesse dispositivo a concorrência do cônjuge ou companheiro com descendentes e ascendentes é somente sobre os bens particulares adquiridos onerosamente na constância do casamento ou da união estável. O art. 1.831 do Código Civil (Brasil, 2002) também foi modificado dando também ao companheiro o direito real de habitação, com uma ressalva, que

o bem não integre a legítima de descendentes menores ou incapazes. É igualada a situação do companheiro ao cônjuge em relação a concorrência com ascendentes, dando ao primeiro o mesmo tratamento dado ao último no atual Código. Alteração importante é a do art. 1.845, também do Código Civil (BRASIL, 2002), que retira o cônjuge do rol dos herdeiros necessários.

Tal projeto acaba com problema da discriminação de tratamento entre o cônjuge e o companheiro no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), regulando-os de forma igualitária, mas, em contrapartida, trás um grande retrocesso a situação sucessória do viúvo e, dessa maneira, não é a escolha mais acertada para a solução do problema discriminatório.

É necessária uma solução urgente para o problema de diferenciação discutido neste estudo, mas para tanto não é acertado prejudicar direitos já adquiridos por nenhuma das partes, seja cônjuge ou companheiro.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se dedicou a averiguar a situação sucessória do cônjuge e do companheiro, tendo como escopo principal analisar as distinções de tratamento apresentadas entre eles no Código Civil de 2002 (Brasil, 2002), ressaltando a não observância pelo referido Código da equiparação constitucional efetivada em 1988.

Como foi possível constatar, através de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, essa diferenciação não pode prevalecer, pois afronta aos ditames da Constituição e é causadora de grande insegurança jurídica, em razão dos diferentes posicionamentos que o Judiciário tem adotado para situações concretas idênticas.

Portanto, o artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002), que regulamenta a sucessão do companheiro, em nossa opinião, deveria ser retirado do ordenamento jurídico aplicando-se ao convivente os mesmos direitos adquiridos pelo cônjuge, ou seja, deve ser incluído o companheiro no artigo 1.829 do supracitado Código. Dessa forma, acreditamos que cessaria a discussão e seria efetivada a justiça, estando à lei em conformidade com a vida.

Toda a sociedade vem adaptando-se aos tempos atuais, buscando na informalidade das relações uma maneira de estabelecer vínculos familiares sem as amarras burocráticas do matrimônio. Isso não pode continuar sendo ignorado pelo legislador, para tanto, deve haver

uma reforma urgente em nossa legislação civil e dirimir de uma vez por todas tal situação que não tem propósito de se prolongar ainda mais.

A família é a base da sociedade, deve ser respeitada por todos e regulamentada de maneira séria e precisa, não pode ser prejudicada com fundamentos discriminatórios. Casamento e união estável são iguais perante a vida e a Constituição, cônjuge e companheiro não podem ser diferenciados, pois esse é um tratamento discriminatório e sem embasamento jurídico nem lógico, não há explicação para distingui-los, são iguais e devem ser tratados igualmente.

A polêmica do tema apreciado não se encerra com o atual estudo, merece maior apreciação e interpretação, com o fim de se chegar à solução mais justa para uma questão tão relevante.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado (org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJE, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Planalto da República Federativa do Brasil, 2002.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Presidência da República, 1916.

BRASIL. Projeto Lei nº 276, de 1º de março de 2007. **Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Câmara dos Deputados, 2007a.

BRASIL, Projeto Lei nº 508, de 20 de março de 2007. **Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável**. Câmara dos Deputados, 2007b.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Presidência da República, 1994.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Presidência da República, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. DJi, 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. DJi, 1964.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 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. Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 2009/0160051-5. Quarta Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. 24/05/2011. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20110524+e+%40DTDE+%3C%3D+20110525&livre=incidente&b=ACOR>
Acesso em: 20 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTE, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Recurso Especial nº 2008/0207350-2. Terceira Turma. Relator: Min. Massami Uyeda. 02/03/2010. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=915060&sReg=200802073502&sData=20100830&formato=PDF> Acesso em: 22 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. INCLUSÃO DA ESPOSA DE HERDEIRO, NOS AUTOS DE INVENTÁRIO, NA DEFESA DE SUA MEAÇÃO. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Recuso Especial nº 2003/0087630-7. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 05/05/2009. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20090505+e+%40DTDE+%3C%3D+20090506&livre=esposa&b=ACOR>
Acesso em: 15 out. 2011.

BRASIL. Lei Nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.** Disponível em:
<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>> Acesso em: 10 set. 2011.

CASALI, Guilherme Machado. Sobre o conceito de segurança jurídica. In: **XVI Congresso Nacional**, 2007, Belo Horizonte. Belo Horizonte: CONPEDI, p. 6271-6282, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. APELAÇÃO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERANÇA. PARTICIPAÇÃO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO A CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA. Apelação nº 20051010071046. 1ª Turma Cível. Relator: Des. Flavio Rostirola. 13/05/2010. Disponível em: < <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62420,48079,13335&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>> Acesso em: 26 set. 2011.

HIRONAKA, G. M. F. N.; SIMÃO, J. F.; TARTUCE, F. (coord.). **Direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

PELUSO, Cezar (coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei nn. 10.406, 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. São Paulo: Manole, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGRAVO 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 IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Agravo de Instrumento nº 70020389284. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. 12/09/2007. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70020389284&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 31 Ago. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. EX-CÔNJUGE SEPARADO DE FATO. DIREITO DE HERANÇA. INEXISTÊNCIA. Agravo de Instrumento nº 70041634999. Oitava Câmara

Cível. Relator: Rui Portanova. 14/03/2011. Disponível em: <
http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70041634999&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> Acesso em: 10 set. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE ATRIBUIÇÃO DA QUALIDADE DE ÚNICA HERDEIRA À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DESNECESSIDADE DE REPARO. DIREITO QUE SOMENTE PODERÁ SER RECONHECIDO MEDIANTE AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. INTERLOCUTÓRIO QUE DETERMINAVA COM ABSOLUTO DESACERTO A INCIDÊNCIA DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL CASO HOUVER DIREITO SUCESSÓRIO DA AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1829, III, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL QUE VEDA A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA PARA FINS SUCESSÓRIOS. INTELIGÊNCIA, ADEMAIS, DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDENADO O PROSSEGUIMENTO DO INVENTÁRIO. EQUÍVOCO RECONHECIDO. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DECLARATÓRIA JÁ EM TRAMITAÇÃO, PROPOSTA PELA ORA AGRAVANTE. EXEGESE DO ART. 265, IV, "A", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Agravo de Instrumento nº 2007.006153-5. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: . Des. Marcus Túlio Sartorato. 29/10/2008. Disponível em:
 <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.todas=AI+2007.006153-5¶metros.rowid=AAAQr%2BAAAAAEcJBAAB>> Acesso em: 06 ago. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. UNIÃO ESTÁVEL E DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Agravo de Instrumento nº 990.10.007582-9. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator: De Santi Ribeiro. 26/06/2010. Disponível em:
 <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4569452&vlCaptcha=QVYYs>> Acesso em: 30 ago. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. POSSESSÓRIA. AJUIZAMENTO CONTRA OCUPANTE DE IMÓVEL PERTENCENTE A ESPÓLIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL, RECONHECIDO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA RÉ EM RELAÇÃO À RESIDÊNCIA DE CASAL. DECISÃO REFORMADA. NÃO SUBSISTE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, SEM DIREITO À HERANÇA DO FINADO, DESDE O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. É A LEI DA ÉPOCA DA ABERTURA DE SUCESSÃO QUE A DEVE REGER. OCUPAÇÃO INDEVIDA E INJURÍDICA. RECURSO PROVIDO. Apelação nº 991.06.028671-7. 22ª Câmara de Direito Privado. Relator: Campos Mello. 26/07/2010. Disponível em:
 <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4621644>> Acesso em: 30/07/2011.

SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann e. **Proibição do retrocesso e direitos sociais** – Entre o dever de legislar e o imperativo da omissão em matéria de direitos econômicos, sociais e

culturais. Disponível em:

<http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Direito/72277-ITALO_ROBERTO_FUHRMANN_E_SOUZA.pdf> Acesso em: 25 de Ago. 2011.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.