



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A sucessão do companheiro e sua inconstitucionalidade

Sue Hellen Branco Rita

Rio de Janeiro

2010

SUE HELLEN BRANCO RITA

A sucessão do companheiro e sua inconstitucionalidade

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner

Prof^º. Nelson Tavares

Prof^ª Mônica Areal

Prof^ª. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro

2010

A sucessão do companheiro e sua inconstitucionalidade

Sue Hellen Branco Rita

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Analista Judiciária.

Resumo: O presente estudo para conclusão da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro tem por objetivo realizar uma análise profunda acerca das regras introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pelo artigo 1.790 do Novo Código Civil, que trata da sucessão entre os companheiros, na união estável, interpretando-o conforme o artigo 226,§3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, questionando a sua constitucionalidade, uma vez que estabelece tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro.

Palavras chave: Direito Civil (Direito das Sucessões e Direito de Família), Casamento e União estável, sucessão, regulamentação, igualdade e inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução; 1. A família no direito brasileiro após CRFB DE 1988; 1.1. A união estável como entidade familiar; 2. Histórico do direito sucessório envolvendo o companheiro na união estável; 3. Situação do companheiro no Novo Código Civil em matéria sucessória; 3.1. Companheiro como herdeiro necessário; 3.2. Das regras do direito das sucessões envolvendo o companheiro; 4. Da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil; 4.1. Críticas quanto ao *caput* do artigo 1.790; 4.2. Críticas ao inciso II- da superioridade de direitos do companheiro em relação ao cônjuge; 4.3. Sucessão do companheiro quando há colaterais; 4.4. Crítica ao inciso IV – quando não há outros parentes sucessíveis; 5. Projetos de reforma; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é aprofundar o estudo do artigo 1.790 do Código Civil, sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, mais precisamente dos artigos 5º, *caput*, e 226, §3º, apresentando as controvérsias doutrinárias e suas correntes sobre o assunto.

Torna-se imprescindível a apreciação do tema que tem relevantes impactos na sociedade atual, diante da imensa quantidade de casos de união estável em todo o país, gerando inúmeros conflitos de interesse deduzidos em juízo quando da abertura da sucessão, com o falecimento de um dos companheiros, que devem ser solucionados pelo Direito, com a sua aplicação no caso concreto pelo ilustre magistrado, a quem compete o exercício da jurisdição.

Pretende-se despertar a atenção para o direito sucessório diante de uma união estável, situação essa cada vez mais comum nos dias atuais e o tema ainda pouco discutido em profundidade pela doutrina e jurisprudência.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 22.684/RJ, o regramento sucessório é de toda importância enquanto complexo de ordem pública, em razão de seus reflexos no organismo familiar e no âmbito social, que vão além do simples direito individual à pertença de bens.

Busca-se analisar caso a caso as hipóteses e as regras da sucessão entre o companheiro ou a companheira, comparando-as com a mesma situação, caso o de *cujus* fosse casado com o sobrevivente, demonstrando que o tratamento dispensado pelo legislador não foi o mesmo em matéria sucessória, provocando desigualdade e imensa injustiça, o que leva ao questionamento sobre a sua constitucionalidade.

Isso porque no Direito sucessório, o legislador infraconstitucional poderia, ou melhor deveria, para alguns, ter elaborado um sistema de regras e princípios isonômicos para a união estável e para o casamento. Mas não. Manteve um sistema desigual, diverso do previsto nas legislações anteriores, quais sejam: as Leis 8.971/94 e 9.278/96, que eram mais justas e avançadas, mas nada mais do que em conformidade com a ordem constitucional inaugurada em 1.988.

Pode-se afirmar que a matéria sucessória na união estável seja uma das mais complicadas no direito pátrio, inclusive afirmado por doutrinadores renomados, o que justifica a escolha do tema.

Por fim, será abordado o entendimento mais recente da jurisprudência, no caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que já tem posicionamento majoritário, o projeto de lei pra revogá-lo, e a solução das questões norteadoras.

1. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO APÓS A CRFB/1988

A família, sob a égide do Código Civil de 1.916, tinha uma estrutura exclusivamente matrimonializada, ou seja, somente se admitia a sua formação pela celebração do casamento.

Atualmente, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve a ruptura definitiva desse modelo de família, dado o caráter plural das entidades familiares por ela estabelecido, que não se limitam mais pelo balizamento nupcial.

Assim, o casamento deixou de ser a única forma de constituição da família como outrora, passando ela a ter um conceito mais amplo, havendo previsão expressa nesse sentido no artigo 226 da CRFB/1988.

Trata-se de uma transformação radical, pois a família deixa de ser apenas aquela constituída através da instituição formal do casamento, para ter como mola propulsora para a sua configuração a presença do afeto.

Toda entidade fundada no afeto e na solidariedade recíproca está caracterizada como entidade familiar, e como tal, merece a tutela do Estado.

Nos dizeres de ROSENVALD (2010, p. 43), “a família deixou de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajuda)”.

È com base em tais argumentos, que a doutrina majoritária defende a não taxatividade do rol estabelecido no artigo 226 supracitado, para ali incluir, no conceito de entidade familiar, outras relações fundadas no afeto, como, por exemplo, a união homoafetiva.

Conclui-se que o conceito moderno de família trazido pela CRFB de 1988 é o grupo de pessoas que se une pelo afeto, afinidade e solidariedade, com o objetivo de comunhão de vida e projetos comuns, para o desenvolvimento da pessoa humana.

1.1. A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Antes da vigência da *Lex Fundamentallis* de 1988, a família somente era formada pela união, por meio do casamento, de homem e mulher, não incluindo de forma alguma a união estável.

Mister fazer um registro histórico, que a união afetiva informal, sempre existiu e sempre existirá, inclusive em diversos povos da antiguidade há relatos neste sentido, porém, sob a égide do Código Civil de 1916, tais uniões eram vistas como ilegítimas, isto é, não possuíam representatividade alguma perante a sociedade, sendo considerada, para alguns, até mesmo como imoral.

Certo é que em nenhum momento foi considerada ilegal pelo ordenamento jurídico, ou seja, de acordo com o princípio da legalidade, para as relações de direito privado, ela jamais foi proibida pela lei.

Ademais, não se podia fechar os olhos para uma realidade cada vez mais crescente no Brasil, dada a evolução social sempre mutante, produzindo consequências fáticas e demandando proteção jurídica.

Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a dispensar tratamento como união estável ao que hoje é chamado de união estável, dando-lhe uma certa proteção, chegando a

editar o enunciado de súmula nº 380, ao dispor que, comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Comentando o objetivo da referida súmula, afirma ROSENVALD (2010, p. 436), “foi reconhecer o direito à partilha dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, o que veio a ser plenamente atendido pelo artigo 1725 do Código Civil de 2002, (...) confirmando o que a citada súmula afirmou de há muito.”

Logo, de acordo com o referido enunciado, exigia-se a prova do esforço comum para fins de partilha, que era feita na proporção do esforço, o que de certa maneira, já sinalizava um avanço como uma tentativa de adequar o direito à evolução da sociedade, na ausência de uma norma regulamentadora.

Ainda assim, mesmo assegurada a partilha, a competência para julgar e processar as demandas fundadas em relação de concubinato puro, ou seja, aquele formado por duas pessoas que podem casar, mas não o fazem, ainda era da vara cível, por não configurar entidade familiar.

Com o advento da CRFB de 1.988, o então chamado concubinato puro, hoje chamado de união estável, foi elevado expressamente à categoria de uma das formas de entidade familiar previstas no artigo 226, §3º, dado o seu caráter plural, e não mais apenas matrimonializado.

O referido artigo dispõe enfaticamente que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei infraconstitucional facilitar a sua conversão em casamento.

Não se pode olvidar que foi alçado à categoria de entidade familiar o antigo concubinato puro, e não o concubinato impuro (adulterino, incestuoso ou desleal), que é

utilizado para denominar relação mantida por uma pessoa que vive em relação íntima com outra, apesar de presentes impedimentos matrimoniais.

Esse concubinato impuro não constitui entidade familiar, sendo proibido pelo ordenamento jurídico pátrio, sem que dessa união nasça direitos familiares, previdenciários e sucessórios, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, que não admitem a existência das chamadas famílias dúplices ou paralelas.

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil, esse também incorporou em seu texto o novo modelo de família, no artigo 1.723, *caput*, que traz expressamente em seu bojo a união estável como entidade familiar.

O §1º daquele artigo também trouxe claramente que o concubinato impuro não constitui união estável, e conseqüentemente, não é reconhecido como entidade familiar para o Direito pátrio.

Agora, é pacífico o entendimento de que não mais apenas o casamento, mas também a união estável, expressão atual que significa relação baseada no afeto entre homem e mulher sem impedimentos matrimoniais, salvo a separação de fato, mas despida de formalidades, são caracterizados como entidade familiar, merecendo a mesma proteção estatal.

2. HISTÓRICO DO DIREITO SUCESSÓRIO ENVOLVENDO O COMPANHEIRO NA UNIÃO ESTÁVEL

Como visto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal permitiu a partilha no concubinato puro, hoje união estável, havendo prova do esforço comum, nos termos do enunciado de súmula 380.

Posteriormente, veio a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, em seu artigo 2º, que trouxe pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, a previsão de direito sucessório para o companheiro ou companheira, estabelecendo as mesmas condições e regras sucessórias previstas para o cônjuge.

O artigo 3º da supracitada lei trouxe outra novidade: não havia mais necessidade de se provar o esforço comum, havendo uma presunção relativa ou *iuris tantum* de sua ocorrência, bastando provar a existência da união de fato.

Em seguida, veio a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, em seu artigo 7º, parágrafo único, que conferiu direito real de habitação ao companheiro. Utilizando de uma interpretação literal, que não é a melhor técnica, essa previsão só existia para o companheiro, porém a doutrina, acertadamente, tratou de estender a sua aplicação também para o cônjuge, sob pena de violar a isonomia e semear a injustiça.

Atualmente, a matéria vem disciplinada no Novo Código Civil de 2002. Como ponto positivo, pode-se mencionar o artigo 1.725, que estabelece presunção *iure et de iure*, ou seja, presunção de absoluta de colaboração na aquisição do bem, conforme avalizado pelo enunciado nº 115 extraído da I Jornada de Direito Civil, realizada nos dias 11,12 e 13 de setembro de 2002, em Brasília, no Distrito Federal. No mais, é alvo de inúmeras críticas, conforme se verá a seguir.

3. DA SITUAÇÃO DO COMPANHEIRO NO NOVO CÓDIGO CIVIL EM MATÉRIA SUCESSÓRIA

3.1.COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

Pelo artigo 2º, inciso III, da Lei nº 8.971/94, anteriormente em vigor, o companheiro, assim como o cônjuge, em igualdade de direitos, eram considerados como herdeiros facultativos.

Atualmente, o artigo 1.845 do Novo Código Civil estabelece quem são os herdeiros necessários: descendentes, ascendentes e conjuge, não incluindo o companheiro.

È importantíssimo saber se o companheiro é ou não herdeiro necessário, pois se a resposta for negativa, poderá ser excluído totalmente da sucessão, mediante a elaboração de testamento válido, por ato voluntário do *de cuius*.

A questão é controvertida.

Existe corrente doutrinária, defendida por Eduardo Oliveira Leite, Francisco Cahali, Silvio de Salvo Venosa, ente outros, adotando uma interpretação literal, que sustenta que o companheiro não é herdeiro necessário, uma vez que não foi mencionado expressamente no referido artigo. Assim, não há óbice legal para que possa ser totalmente excluído por testamento.

Entretanto, esse não é o melhor entendimento.

Primeiramente, porque deve-se privilegiar uma interpretação sistemática com o artigo 1.850 do mesmo diploma legal, que somente admite a exclusão da sucessão em relação aos colaterais, não incluindo o companheiro do falecido.

Além disso, para evitar que sobre tal disposição legal recaia a mácula da inconstitucionalidade, deve-se estabelecer uma interpretação conforme a Constituição, que estabelece a mesma tutela jurídica ao camento e à união estável como entidades familiar, para incluir o companheiro como herdeiro necessário.

É possível afirmar, consoante CARVALHO (2010, p. 467), “através de interpretação teleológica, que o companheiro é igualmente herdeiro necessário, legitimário, reservatário ou privilegiado, de modo pleno equiparado ao cônjuge.”

Neste sentido, tem-se o enunciado 51 do Encontro de Juízes do interior Paulista, reunidos em Piracicaba, São Paulo, que estabelece que o companheiro sobrevivente, não mencionado nos artigos 1845 e 1850 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.

Desta forma, o companheiro deve ser considerado como herdeiro necessário, somente podendo ser excluído da sucessão por ato volitivo, renunciando ao direito, ou pela deserdação ou indignidade.

Assim, conclui-se, analisando sob a ótica constitucional, pela adoção da interpretação que preza pela igualdade de tratamento ao cônjuge e ao companheiro sobreviventes como herdeiros necessários.

3.2. DAS REGRAS DE DIREITO DAS SUCESSÕES ENVOLVENDO O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

As regras que regulam propriamente a situação do companheiro na união estável, quando o outro falece, vieram previstas apenas em um único no artigo, qual seja, o 1.790, *caput*, e seus quatro incisos de I a IV, do Novo Código Civil.

A primeira crítica que a doutrina aponta para o supracitado dispositivo legal é quanto a sua localização topográfica. Está localizado nas disposições gerais, do Livro das Sucessões, sendo certo e evidente que de disposição geral nada tem, e muito menos deveria figurar na abertura de um livro do Código Civil.

Isso porque tal dispositivo não constava do projeto original, sendo inserido por emenda apresentada no Senado Federal, no ano de 1997, pelo, à época, Senador Nelson

Carneiro, cuja redação ainda foi alterada na Câmara dos Deputados, e aí resultou tal erro topográfico.

Mas se trata de norma de suma importância, principalmente nos dias atuais, ao regulamentar o direito sucessório do companheiro na união estável, fato cada vez mais comum na sociedade brasileira.

Dessa forma, seu tratamento deveria ser nas disposições específicas sobre a matéria, e não nas disposições gerais, e ao lado do cônjuge, em pé de igualdade, atendendo aos ditames constitucionais.

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 1790 é o único de todo o Código Civil que trata expressamente das regras da sucessão do companheiro ou companheira na união estável.

Apesar de toda evolução no tema, verificado que tal união foi alçada à ao status de entidade familiar pela CRFB/1988, inovando absolutamente e incorporando as novas características da sociedade, o novo diploma legal cível representou uma verdadeira involução.

Enquanto a legislação especial anterior tratava igualitariamente a situação do cônjuge e do companheiro sobreviventes, o Novo Código releva-se como um verdadeiro retrocesso, por estabelecer tratamento diferenciado, desatendendo ao dogma constitucional do princípio da igualdade.

Pelo princípio da supremacia da constituição, essa se põe no topo de todo o sistema jurídico pátrio, servindo como fundamento de validade de todas as demais normas infraconstitucionais, de modo que essas somente serão válidas se guardarem obrigatória

compatibilidade, formal e material, com aquela, sob pena de possuírem o vício da inconstitucionalidade.

No caso, por violar o princípio da igualdade, que será mais aprofundado ao longo do texto, verifica-se que o artigo 1.790 não guarda adequação de conteúdo com a norma constitucional, prevista nos artigos 5º, caput, e 226, caput, e §3º, fruto do Poder Constituinte originário ou de 1º grau, havendo assim uma inconstitucionalidade material, também chamada de nomoestática, como defende parcela da doutrina.

E por ser inconstitucional, deve ser afastado do ordenamento jurídico pátrio, pelos aplicadores do direito, no exercício do controle repressivo de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

4.1. CRÍTICAS QUANTO AO *CAPUT* DO ARTIGO 1.790

Já no *caput* do artigo 1.790 do Código Civil tem-se estabelecido um tratamento desigual ao prever que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Diferentemente da hipótese em que a pessoa seja casada, a legislação infraconstitucional estabelece que o companheiro sobrevivente participará da sucessão legal do *de cuius* apenas quanto aos bens adquiridos a título oneroso, sem subrogação, na constância da união estável.

Ou seja, o companheiro participará da sucessão apenas em relação aos chamados aquestos típicos, que estão previstos no artigo 1.660, inciso I, do Codex Civil.

Verifica-se que o Novo Código não contemplou o companheiro com os bens particulares deixados pelo ex-companheiro morto quando da abertura da sucessão.

Se essa mesma pessoa fosse casada com o falecido em regime de comunhão parcial, tal qual o adotado para a união estável, quando não há o chamado pacto de convivência nos termos do artigo 1.725, o cônjuge sobrevivente concorreria na sucessão com os descendentes, se o *de cujus* deixasse bens particulares, havendo ou não aquestos, típicos ou atípicos, estes previstos no artigo 1.660, II a V, do Código Civil.

Logo, há claramente mais direitos para o cônjuge do que para o companheiro. Assim, tal dispositivo legal está eivado da mácula da inconstitucionalidade, por violar o princípio da igualdade ou isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Existe entendimento doutrinário, defendido entre outros por Bruno Landim Maia, no sentido de que a Constituição não teria equiparado a união estável ao casamento, ao argumento de que uma união informal e outra marcada por um ato solene não podem ser a mesma coisa.

Além disso, sustenta-se que se fossem iguais, não faria sentido a parte final do §3º do artigo 226, que estabelece que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento, concluindo, afinal, que ainda há uma preferência pelo casamento, o que outorgaria ao legislador infraconstitucional a permissão para poder estabelecer validamente um tratamento diverso.

Entretanto, pode-se derrubar tais argumentos argumentando que aquilo pretendido pelo Constituinte originário com a determinação da facilitação da conversão da união estável em casamento foi conferir àquela maior proteção, maior segurança jurídica, pois inegavelmente com a celebração do ato jurídico solene do casamento, não há dúvidas perante a sociedade e perante o Direito da existência daquele convívio afetoso como entidade familiar.

Nos dizeres de TEPEDINO (2008. p 430), “não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação.”

A nova ordem constitucional inovou elevando à categoria de família, a união estável, já que tem como fundamento o afeto, e como tal, deve ter tratamento igualitário ao casamento.

O princípio da igualdade ou isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, que não pode ser objeto de reforma tendente a suprimi-lo, pois constitui cláusula pétrea, conforme artigo 60, §4º, IV, da CRFB, significa a produção, a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma jurídica deve ser no sentido de dar tratamento isonômico, de modo a vedar diferenciações que levem a discriminações ou a privilégios.

Tem sua aplicação tanto nas relações de direito público, em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, quanto nas relações de direito privado, seja de forma imediata ou mediata, por conta da chamada eficácia horizontal, que se irradia para todos os ramos do Direito. Assim, deve ser aplicado nesta questão envolvendo a entidade familiar e o direito sucessório.

A regulamentação das relações familiares indubitavelmente passa a ser exercida pela principiologia constitucional do princípio da igualdade ou isonomia e do postulado da dignidade da pessoa humana, conferindo unidade interpretativa e sistemática de todas as regras infraconstitucionais.

Se é família, seja matrimonializada, seja constituída sem maiores formalidades, mas ambas baseadas no afeto, merecem ter a mesma proteção estatal, e conseqüentemente os mesmos direitos e obrigações.

Qualquer dispositivo legal que estabeleça desigualdades entre o cônjuge e o companheiro, criando mais direitos para um do que para o outro, deve ser tido como

inobservador do princípio da isonomia, e por via de conseqüência, deve ser tido como alcançado pelo vício da inconstitucionalidade material.

Aqui, apenas no *caput* do mencionado artigo, já conclui-se que o companheiro não foi contemplado com a igualdade de direitos em relação ao cônjuge sobrevivente, em flagrante inconstitucionalidade.

4.2. CRÍTICAS AO INCISO II - DA SUPERIORIDADE DE DIREITOS PARA O COMPANHEIRO EM DETRIMENTO DO CÔNJUGE

Outra diferença ainda mais gravosa é a prevista no inciso II do artigo 1790 do Novo Código Civil, comparada com a disposição trazida no artigo 1829, inciso I, do mesmo diploma legal.

Considerando uma herança composta apenas de aquestos, ou seja, bens comuns adquiridos na constância da união, e havendo descendentes só do autor da herança, tem-se uma situação econômica mais vantajosa para o companheiro.

Sendo o sobrevivente casado com o *de cujus*, e só há aquestos, havendo descendentes, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com a herança, conforme interpretação majoritária do artigo 1829, I, do Código Civil, avalizada pelo enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil, promovida de 1º a 3 de Dezembro de 2004.

Já, para o companheiro sobrevivente, havendo bens comuns e descendentes só do autor da herança, além do direito à sua meação, concorrerá à herança com os demais descendentes do morto, nos termos do artigo 1.790, inciso II.

Assim, o dispositivo legal confere para o regime da comunhão parcial de bens mais direitos ao companheiro do que se concede ao cônjuge supérstite na sucessão.

Se o que se defende no presente trabalho, com respaldo em diversos doutrinadores, como Luiz Paulo Vieira de Carvalho, consagrados no país, é a igualdade, mas especificamente no ramo do Direito das Sucessões, entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, com base no princípio da isonomia e na própria essência do modelo plural de entidade familiar inovado pela Carta Magna de 1988, somente se pode repudiar com veemência uma norma como esta, que prestigia exatamente o oposto: a desigualdade.

Ainda que se defenda que a Constituição não estabeleceu a obrigatoriedade de tratamento isonômico entre o casamento e a união estável, certamente também não permite que nesta se tenha mais direitos do que naquele.

Tem-se no casamento a criação mais antiga e aceita de formação da família. Nele, há expressamente uma intenção clara de constituir uma família. O casamento é um ato solene. Não há nenhuma dúvida de sua constituição, dado o vínculo formal que une os cônjuges.

Não se pode privilegiar uma relação informal, apesar de baseada também no afeto e elevada ao status de entidade familiar, em detrimento de uma formal, cumpridos diversos requisitos de existência e de validade para a sua configuração legal.

Essa questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça. Em julgamento realizado em 21 de agosto de 2008, pela sua Terceira Turma, a Relatora do caso, Ministra Nancy Andrighi, deferiu efeito suspensivo a recurso especial em medida cautelar para o fim de reservar os bens controvertidos no inventário.

Nessa medida cautelar de nº 14.509, discutia-se exatamente a discrepância de tratamento adotado pelo Código Civil entre os artigos 1829, I, e 1790, II, criando uma situação que beira o absurdo em que, do ponto de vista do direito sucessório, seria mais vantajoso não se casar, pois, mantendo a situação em nível informal, ter-se-ia maior participação na herança.

Com o deferimento da liminar, pôde-se concluir que havia forte tendência do S.T.J. em considerar que a lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento, outrora concebido como a única forma de constituir uma entidade familiar.

Entretanto, em 06 de abril de 2010, foi publicado no Diário Oficial o julgamento do Recurso Especial 1117563/SP, em que a Terceira Turma proferiu uma decisão inédita, trazendo um entendimento diverso daquele defendido pela doutrina majoritária, inclusive consubstanciado no supramencionado enunciado 270.

O Superior Tribunal de Justiça, visando a solucionar a perplexidade do tratamento diferenciado entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, estabeleceu uma nova interpretação do artigo 1829, I, do Código Civil que, de certa forma, atende aos apelos da igualdade entre as entidades familiares.

Entendeu a Terceira Turma do S.T.J. que a vontade manifestada quando da celebração do casamento deve ser considerada também como vetor interpretativo das regras de direito sucessório, quando da abertura da sucessão.

Se adotado o regime da comunhão parcial, para o casamento, o mesmo raciocínio deve-se ter no caso de morte de um deles, ou seja, deve o sobrevivente concorrer na herança dos bens comuns, privilegiando, assim, a manifestação de vontade das partes em vida, atendendo ao postulado da dignidade da pessoa humana, cerne axiológico da Constituição da República, trazido em seu artigo 1º, inciso III.

Concluiu o julgamento no sentido de que a interpretação a ser dada ao inciso I do artigo 1829 do *Codex* Civil é no sentido de beneficiar o cônjuge supérstite com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, da mesma forma que ocorre na união estável.

Deste modo, elimina-se a diferença do montante partilhável na hipótese de haver bens comuns, pois seja na constância do casamento ou da união estável, o sobrevivente irá concorrer na herança dos bens comuns com os descendentes.

Tal conclusão, por um lado, é digna de aplausos, por acabar privilegiando o princípio da igualdade, que deve ser adotado como viés interpretativo no tratamento da entidade familiar, em qualquer de suas formas de constituição, dada a norma aberta veiculada no artigo 226, *caput*, e §3º, da Constituição

No entanto, esse posicionamento muito recente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça deve, em breve, ser alvo de inúmeras críticas, a princípio, porque é contrário ao entendimento majoritário da doutrina, que inclusive editaram o enunciado 270 na III Jornada de Direito Civil, segundo o qual o cônjuge não concorre com os descendentes quando os bens são comuns.

Em segundo lugar, também pode ser criticado por ser *contra legem*, porque o artigo 1.829, I, do Novo Código é claro ao excluir o cônjuge de concorrer com os descendentes na herança dos bens comuns.

A questão agora vai ser remetida para o Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário, para análise do controle difuso de constitucionalidade do caso em análise, para dirimir em definitivo a controvérsia.

4.3. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO QUANDO HÁ COLATERAIS

O inciso III do artigo 1790 dispõe que se o companheiro sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança.

Quem são esses outros parentes sucessíveis mencionados acima? São os colaterais até 4º grau, nos termos do artigo 1.839, ali incluídos irmãos, sobrinhos e tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avós. Esses parentes receberão 2/3 (dois terços) da herança, enquanto o companheiro ficará com apenas 1/3 (um terço).

Nessa mesma situação, em que há apenas colaterais, o cônjuge tem direito à totalidade da herança, nos termos do artigo 1.829, III.

Mais uma vez, o Código Civil estabeleceu um tratamento diferenciado, privilegiando o cônjuge supérstite, em detrimento do companheiro, uma vez que aquele receberá toda a herança deixada pelo *de cujus*, enquanto este apenas 1/3, que é menos da metade, ou seja, um quinhão muito inferior.

A questão é controvertida. Existe posicionamento jurisprudencial no sentido de que tal inciso é válido, pois ainda que seja injusta, os colaterais têm direito sucessório, e no caso só poderiam ser afastados por testamento. Defende-se que a equidade não afasta a aplicação da norma no caso concreto pelo exercício da atividade jurisdicional. A equidade serviria apenas como um viés interpretativo para levar o legislador a no futuro alterar a lei.

Inclusive, há acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como nos Agravos de Instrumento de nº 2003.002.14421, julgado em 16/03/2004, de Relatoria do Exmo. Desembargador Marcus Faver, e de nº 2010.002.02360, julgado em 29/01/2010, de Relatoria do Exmo. Desembargador Ismênio Pereira de Castro, ambos defendendo a aplicação literal da norma supracitada, ao argumento de que não há qualquer inconstitucionalidade.

Entretanto, esse não é o melhor entendimento. Primeiramente, é de saltar os olhos a flagrante inconstitucionalidade em se dar tratamento desigual ao companheiro, quando o correto é dar tratamento igualitário a todas as formas de entidade familiar admitidas no

ordenamento jurídico pátrio, de modo a ter uma igualdade substancial, e não meramente formal.

Além disso, em uma interpretação histórica, é sabido que a Lei nº 8.971/94, no seu artigo 2º, III, ao regulamentar o direito sucessório do companheiro, manteve-o ao lado do cônjuge, ambos como herdeiros facultativos, à frente dos colaterais do falecido.

Pelo direito anterior, os colaterais eram afastados da sucessão na presença do cônjuge ou do companheiro, visto que estes tinham o mesmo tratamento. Hoje, não mais. Os colaterais herdam $\frac{2}{3}$, e o companheiro apenas $\frac{1}{3}$.

Imagine a hipótese de duas uniões estáveis, constituídas no mesmo dia, durante 10 anos, têm somente aquestos, ou seja, bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, e o único parente é um primo. O companheiro da 1ª falece no dia 10 de janeiro de 2003. Neste caso, o sobrevivente herda sozinho.

No dia seguinte, 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do Novo Código Civil, consoante entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, avalizado pelo enunciado nº 163 da III Jornada de Direito Civil, falece um dos companheiros da segunda união. Aqui, o tal primo, tem direito sucessório sobre dois terços, e o companheiro sobrevivente, apenas um terço.

Segundo WALD (2009, p. 115), “é inconstitucional materialmente, porquanto no lugar de dar proteção especial à família fundada no companheirismo (CF, art. 226, *caput*, e §3º), ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros.”

Houve claramente um retrocesso, retirando direitos de quem já os detinha. Aplica-se ao caso o princípio da vedação do retrocesso, também chamado não-retrocesso social, trazido pela doutrina portuguesa de J.J. Gomes Canotilho, apud TARTUCE (2008, p. 235) segundo o qual se impede que se retire ou piore direitos já conquistados sob a égide de um regime

jurídico anterior, sob pena de quebra da confiança e da segurança jurídica. Deve ser vedado o retrocesso pelo aplicador do direito nos tribunais.

Outro forte argumento para afastar a aplicação da norma criticada é que o ordenamento veda o enriquecimento sem causa, ilícito ou indébito, consistente no aumento patrimonial de um, sem qualquer fundamento, causando um injusto empobrecimento de outra pessoa.

No caso, o colateral, podendo citar como exemplo um primo distante, que em nada contribuiu na aquisição onerosa dos aquestos, vai receber mais do que o companheiro ou companheira, em que se tem uma presunção do esforço comum.

Ademais, essa pessoa esteve presente em todos os momentos, bons e ruins, passou por diversas dificuldades, inclusive econômica, e, quando da sucessão aparece um outro distante que recebe dois terços, ou seja, o dobro, sem ter evidentemente colaborado para a compra daqueles bens adquiridos na constância da relação.

Haveria aqui claramente uma hipótese de enriquecimento sem causa por parte do colateral, que deve ser afastado da sucessão pelo magistrado quando do exercício da jurisdição de modo a solucionar um conflito de interesse na ação de procedimento especial de inventário.

Adotando o entendimento ora esposado, existe acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecido como o tribunal mais avançado do país em matéria de Direito das Famílias e das Sucessões, por ter decisões adotando posicionamento moderno, assumindo sua posição de referência no cenário do Poder Judiciário nacional, no Agravo de Instrumento nº 70020389284, de Relatoria do Exmo. Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, publicado em 12/09/2007, em que se afastou o colateral, no caso o irmão do *de cujus*, e deixou todos os bens para a companheira.

O argumento apresentado foi que tal diferenciação odiosa deixa ao desamparo a entidade familiar constituída pela união estável, que não pode ter demérito em relação àquela constituída pelo matrimônio.

No mesmo sentido, foi decidido nos Embargos Infringentes nº 70020265545, de Relatoria do Exmo. Desembargador André Luiz Planella Villarinho, julgado em 10/07/2009, excluindo o colateral da sucessão, deixando o companheiro com a totalidade da herança.

Logo, conclui-se que claramente houve um tratamento desigual entre cônjuge e companheiro, em prejuízo deste, além do retrocesso, e permissão de enriquecimento sem causa do colateral, razão pela qual deve ser adotado pelas Cortes Supremas o entendimento pela sua inconstitucionalidade.

4.4. CRÍTICA AO INCISO IV – QUANDO NÃO HÁ OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS

O artigo 1790, inciso IV, do Código Civil, dispõe que não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

A *prima facie*, pode parecer que a hipótese é simples. Mas não o é. Dependendo da interpretação quanto ao alcance do termo herança, poderá criar, mais uma vez, tratamento diferenciado em relação ao cônjuge.

Esse, já na ausência de descendentes e ascendentes, herda todos os bens, particulares ou comuns, não concorrendo com os colaterais, nos termos dos artigos 1829 e 1839, do mesmo diploma legislativo.

Já quanto ao companheiro, a questão é controvertida.

Até se pode dizer que é majoritário o entendimento defendido por Eduardo Oliveira Leite (2004) e Maria Berenice Dias (2008), entre outros, no sentido de que o inciso IV é

desvinculado do *caput*, ou seja, o termo herança não se refere apenas aos aquestos típicos, sendo mais amplo, de modo a alcançar todos os bens. Deste modo, o companheiro sobrevivente ficará sozinho com todo o patrimônio deixado pelo falecido.

Utilizam como argumento o artigo 1.844 que dispõe que não sobrevivendo o companheiro, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se os bens estiverem localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados em território federal.

Apesar de adotar o conceito técnico de herança, essa posição não parece ser a mais acertada. O inciso de um artigo sempre deve ser interpretado em conformidade com o *caput*, e deste modo, na hipótese em análise, abranger apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Caso se tratasse de uma interpretação desligada do *caput*, seria uma exceção, que de acordo com a técnica legislativa imposta pela Lei Complementar 95, deveria vir redigida na forma de um parágrafo único, e não apenas como inciso.

Além disso, quanto ao artigo 1.844, impõe-se uma interpretação sistemática com o artigo 1.790, *caput*, e inciso IV, de modo que não sobrevivendo o companheiro para herdar bens partilháveis, no caso, os comuns apenas, todos os bens ficarão para o Estado.

A corrente majoritária exposta anteriormente pode até solucionar conflitos e injustiças de ordem prática, mas não se pode abstrair a intenção do legislador e o comando legal, com interpretações equivocadas.

Logo, sustenta-se que o termo herança refere-se apenas aos bens adquiridos onerosamente, sem subrogação, na constância da união estável, guardando consonância com a redação do *caput* do mesmo artigo.

Conseqüentemente, os aquestos típicos serão herdados pelo companheiro e os bens particulares serão considerados como herança vacante, nos termos do artigo 1.820 do Código, e serão arrecadados, passando, após o decurso do lapso temporal de cinco anos da

abertura da sucessão, ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nos respectivos territórios, ou ao domínio da União, se situados em território federal, nos termos do artigo 1.822.

Aqui mais uma vez o legislador conferiu mais direitos ao cônjuge do que ao companheiro, violando o princípio da igualdade, o que não se admite.

5. PROJETOS DE REFORMA

As críticas ao artigo 1.790 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 são inúmeras na doutrina, que desde sua publicação já há projetos de lei pretendendo a sua reforma, de modo a minimizar as diferenças apontadas, sendo certo que o correto seria eliminá-la de uma vez por todas, dando efetividade a norma constitucional que prima pela igualdade substancial entre as entidades familiares, no que concerne a direitos e obrigações, por não existir hierarquia entre elas.

Havia o Projeto de Lei nº 6.960/2002, apresentado pelo deputado Ricardo Fiúza, atendendo aos apelos da doutrina, suprimindo, do *caput* do artigo 1790, a expressão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, dando um tratamento simétrico às duas formas de entidade familiar quando da sucessão.

Desta forma, ficaria coadunado ao conceito técnico de herança, que é a totalidade dos bens deixados pelo falido, salvo os incomunicáveis, tal qual ocorre na hipótese do *de cuius* ser casado.

Ainda pelo referido projeto, resta afastada a odiosa concorrência do companheiro sobrevivente com os parentes colaterais, e tal qual no casamento, nesta hipótese, o companheiro passará a recolher a totalidade da herança.

Tal projeto, entretanto, foi regimentalmente arquivado na Câmara dos Deputados, porém foi reapresentado pelo deputado Léo Alcântara, recebendo o número 276/2007, ainda em trâmite no Congresso Nacional.

Havia um outro projeto de lei no mesmo sentido, o projeto de lei nº 4.944/2005, de relatoria do deputado Antônio Biscaia, fruto de pesquisas e estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, o chamado IBDFAM, mas que se encontra regimentalmente arquivado desde 31 de janeiro de 2007.

Outrossim, existe um Substitutivo aos Projeto de Lei nº 508, de 2007; 2528, de 2007; e 3075, de 2008, de relatoria do Deputado Roberto Britto, visando alterar o artigo 1845 para ali incluir a expressão companheiro sobrevivente como herdeiro necessário, e dessa forma não deixá-lo desamparado, não mais podendo ser excluído da sucessão por ato de vontade manifestado em testamento válido.

Sem que se olvide que está em fase de elaboração pelo IBDFAM o chamado Estatuto das Heranças, que mudará o direito sucessório, torcendo para que melhore atual conjuntura do companheiro quando da partilha de bens.

No momento, resta apenas aguardar se tais propostas serão aprovadas no Congresso Nacional, e mudarão as regras de sucessão do companheiro sobrevivente, atendendo ao princípio constitucional da igualdade, direito fundamental do indivíduo, e à observância do status de entidade familiar, como qualquer outra fundada no afeto e em busca do desenvolvimento como pessoa.

CONCLUSÃO

O tema abordado ainda é considerado polêmico na doutrina e jurisprudência, dado o tratamento confuso trazido pelo legislador infraconstitucional nas regras de direito sucessório

em matéria de união estável, e a controvérsia do alcance do artigo 226, §3º, da Constituição da República.

Tendo esta elevado a união estável expressamente como entidade familiar, merece a mesma proteção estatal, no sentido de ter igualdade de direitos em relação à aquela formada pelo balizamento matrimonial.

Claramente as regras do Novo Código Civil refletem uma diferenciação entre a união estável e o casamento, ora privilegiando aquela, ora privilegiando esta, contrariando, duplamente, o princípio constitucional da igualdade.

Deve ser repudiado qualquer tratamento diferenciado entre a união estável e o casamento, pois ambos são considerados pelo Direito como família, ambas desempenham a mesma função na sociedade, sem superioridade de uma em detrimento da outra.

Nos dizeres de Maria Celina Bodin Moraes (*apud* NEVARES 2004. p. 381-382), “A equiparação de direitos dá-se em virtude do princípio da igualdade substancial, cânone do sistema constitucional cuja aplicação garante a atuação do princípio fundador do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana”.

Conclui-se que se não há hierarquia entre as entidades familiares, ambas são merecedoras dos mesmos direitos, sendo considerada inconstitucional toda e qualquer norma que viole o princípio da igualdade.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil*. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5 ed. Vol.6. São Paulo: Saraiva 2008

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Sucessões*, v XXI, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11ª Ed. São Paulo: Método, 2006.

MAIA, Bruno Landim. A união estável na atualidade. Artigo – Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_1966/artigo_sobre_a_uniao_estavel_na_atualidade>. Acesso em 13/09/2010.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito constitucional*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5, 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 6, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no Novo Código Civil*. Artigo – Publicado em: 30/03/2003. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=83>>. Acesso em 20/06/2010

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 14 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009