



# PUC

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

---

**A sucessão do cônjuge e do companheiro no  
ordenamento jurídico brasileiro.**

**por**

**AMANDA DOS SANTOS PEREIRA RIBEIRO**

**ORIENTADORA: ANA LUIZA MAIA NEVARES**

**2015.1**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO  
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900  
RIO DE JANEIRO - BRASIL

# **A sucessão do cônjuge e do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro.**

**por**

**Amanda dos Santos Pereira Ribeiro**

Monografia apresentada  
ao Departamento de  
Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do  
Rio de Janeiro (PUC-Rio)  
para a obtenção do Título  
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ana Luiza  
Maia Navares

**2015.1**

## **DEDICATÓRIA**

À minha querida amiga Rafaela de Oliveira Costa, que me ensinou o real significado da palavra amizade. Que seu sorriso continue iluminando tudo de onde você estiver.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, por todo o amor e dedicação. Tudo o que sou hoje, devo à vocês.

Aos meus irmãos, pelo carinho e companheirismo.

Aos meus tios e avós, por torcerem por mim e vibrarem a cada nova conquista.

Aos meus amigos, por todos os momentos em que estiveram ao meu lado.

A Professora Ana Luiza Maia Nevares, por atender ao convite para ser minha orientadora.

Aos professores do Curso de Direito da PUC-Rio, pelos ensinamentos ao longo da minha graduação.

## **RESUMO**

O escopo da presente monografia são os direitos sucessórios conferidos ao cônjuge e ao companheiro no ordenamento jurídico brasileiro. A importância deste tema é derivada do fato de ainda existirem diferenças, controvérsias e omissão na legislação pátria a respeito do referido tema. Embora tanto o casamento, como a união estável sejam reconhecidos como entidades familiares pela Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 transparece uma clara preferência pelas famílias oriundas do matrimônio, como se estas fossem hierarquicamente superiores às famílias fundadas pelo casamento. Diante disso, é necessário encontrar a melhor interpretação para os dispositivos que regulamentam a sucessão do cônjuge e do companheiro, de modo a não permitir que ocorram injustiças e desigualdades. Mais que isso, é necessária uma reforma legislativa de modo a igualar os direitos sucessórios conferidos às duas formas de família, além de regulamentar os pontos omissos e esclarecer os pontos controversos.

### **Palavras-chave**

Cônjuge. Companheiro. União estável. Casamento. Sucessão do cônjuge e do companheiro. Herança. Entidade familiar. Afetividade. Isonomia. Pluralismo das entidades familiares.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 – O CASAMENTO</b> .....	<b>11</b>
1.1. - A tutela sucessória do cônjuge no Código Civil de 1916 .....	11
1.1.1. - O cônjuge como herdeiro único .....	11
1.1.2. - O cônjuge usufrutuário .....	14
1.1.3. - O cônjuge supérstite e o direito real de habitação .....	22
1.2. - A tutela sucessória do cônjuge no Código Civil de 2002 .....	26
1.2.1. – Concorrência com descendentes comuns e não comuns .....	27
1.2.2. – Concorrência com ascendentes .....	33
1.2.3. – Direito à totalidade da herança do cônjuge .....	33
1.2.4. – Direito real de habitação .....	34
<b>CAPÍTULO 2 – A UNIÃO ESTÁVEL</b> .....	<b>36</b>
2.1. – Elementos essenciais para a caracterização da união estável .....	36
2.2. – A proteção sucessória do companheiro nas Leis 8.971/94 e 9.278/96 .....	38
2.2.1. – O companheiro como herdeiro único .....	42
2.2.2. – O companheiro como usufrutuário .....	44
2.2.3. – O companheiro e o direito real de habitação .....	45
2.3. – A tutela sucessória do companheiro no Código Civil de 2002 .....	47
2.3.1. – Concorrência com descendentes comuns e não comuns .....	52
2.3.2. – Concorrência com outros parentes sucessíveis .....	54
2.3.3. – Direito à totalidade da herança do companheiro .....	56
<b>CAPÍTULO 3 – A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	<b>59</b>
3.1. – Hierarquia entre as entidades familiares no ordenamento jurídico brasileiro .....	59
3.2. – Desigualdades na tutela sucessória do cônjuge e do companheiro .....	62
3.3. – Análise quanto à constitucionalidade do tratamento sucessório diferenciado entre o cônjuge e o companheiro .....	72
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>78</b>

<b>BILBIOGRAFIA .....</b>	<b>80</b>
---------------------------	-----------

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

§ - Parágrafo

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

nº - Número

Resp – Recurso Especial

## INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto o estudo dos direitos sucessórios atribuídos ao cônjuge e ao companheiro pelo legislador pátrio, analisando as hipóteses em que o cônjuge e o companheiro concorrem com descendentes, ascendentes, com outros parentes sucessíveis, além das hipóteses em que o cônjuge e o companheiro herdam a totalidade da herança, em virtude da ausência dos demais herdeiros. São analisados também os benefícios do direito real de habitação e do usufruto vidual concedidos ao cônjuge e ao companheiro.

O interesse da autora pelo presente tema surgiu em virtude da diferença de tratamento dada à sucessão do cônjuge e do companheiro, tendo em vista que tanto o casamento quanto união estável são entidades familiares constitucionalmente protegidas e, portanto, deveriam receber o mesmo tratamento. Em virtude dessa diferença de tratamento, da omissão do legislador infraconstitucional em diversos pontos e da necessidade de alteração do tema do Direito das Sucessões no atual Código Civil de 2002, o presente tema é motivo de pesquisa, de modo a verificar as soluções dadas pela doutrina e pela jurisprudência para as controvérsias existentes.

No primeiro capítulo é feita uma pesquisa a respeito da tutela sucessória do cônjuge no Código Civil de 1916, analisando as hipóteses em que o cônjuge tem direito à totalidade da herança e quando é aplicado o direito real de habitação e o usufruto vidual. Posteriormente, é feita uma análise da proteção sucessória concedida ao cônjuge no Código Civil de 2002, tratando das hipóteses em que o cônjuge concorre com descendentes (comuns e não comuns), com ascendentes e quando o cônjuge herda a totalidade da herança. O direito real de habitação concedido ao cônjuge também é analisado de acordo com o sistema do Código Civil de 2002.

O segundo capítulo trata do tema da tutela sucessória do companheiro. Inicialmente, o tema abordado são os elementos essenciais para a caracterização da união estável. Posteriormente, é feita uma análise da proteção sucessória concedida ao companheiro através das Leis 8.971/94 e 9.278/96. O segundo capítulo é finalizado com o tratamento sucessório concedido ao companheiro no Código Civil de 2002.

O terceiro capítulo inicia-se com o tema da hierarquia entre as entidades familiares no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, é feita uma análise das diferenças entre o tratamento sucessório dado ao cônjuge e o tratamento sucessório concedido ao companheiro.

São esses os temas abordados na presente monografia, em três capítulos divididos entre “O casamento”, “A união estável” e “A sucessão do cônjuge e do companheiro no ordenamento jurídico brasileiro”.

## **CAPÍTULO 1**

### **O CASAMENTO**

#### **1.1 A tutela sucessória do cônjuge no Código Civil de 1916**

No Código Civil de 1916, eram três os pressupostos para que o cônjuge sobrevivente tivesse direito à herança do de cujus: casamento válido e não estarem judicialmente separados no momento da abertura da sucessão.

No Código Civil anterior, o cônjuge ocupava o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, conforme estabelecia o inciso III do art. 1603 do referido diploma legal. A consequência disso é que o cônjuge só tinha direito à herança do consorte se não houvesse descendentes e ascendentes do de cujus e caso não estivesse legalmente separado no momento da abertura da sucessão. Deste modo, no Código Civil de 1916, o cônjuge supérstite poderia não ser abrangido pela sucessão de seu consorte caso houvesse descendentes e os ascendentes daquele. Além disso, o desquite ou a anulação de seu casamento retiravam seu direito à sucessão.

##### **1.1.1. O cônjuge como herdeiro único**

O artigo 1.611 do Código Civil de 1916 estabelecia dois pressupostos para que o cônjuge supérstite tivesse direito à integralidade da herança do de cujus: ausência de descendentes e ascendentes do de cujus e que o matrimônio não estivesse dissolvido no momento da morte.

No entanto, no sistema do Código Civil de 1916 o cônjuge não pertencia à categoria de herdeiro necessário, como os ascendentes e descendentes. Em virtude disto, um testamento era capaz de lhe excluir da sucessão, conforme dispunha o artigo 1.725 do referido diploma legal. Portanto, na ausência de descendentes e ascendentes, o cônjuge seria herdeiro em propriedade plena,

tendo direito à totalidade da herança, ou a parte não contemplada pelo testamento, independentemente do regime de bens adotado pelo cônjuge sobrevivente e o pelo de cujus.

Em relação ao pressuposto que exige não estar a sociedade conjugal dissolvida, existiam divergências na doutrina e na jurisprudência quanto ao alcance da expressão “dissolução da sociedade conjugal”, como no caso do cônjuge separado de fato suceder ao outro, quando a sociedade conjugal ainda não estivesse dissolvida pela separação judicial ou pelo divórcio.

De acordo com o autor Caio Mário da Silva Pereira, em relação às sucessões regidas pelo Código Civil de 1916, o cônjuge só não seria chamado à sucessão dos bens de seu consorte se, ao tempo da morte, a separação do casal já estivesse decretada. A separação de fato ou a medida judicial preparatória da separação de corpos não seriam suficientes para excluir o cônjuge da sucessão, o que ocorreria apenas quando a separação judicial estivesse regularmente homologada, se por mútuo consentimento, ou quando a sentença já houvesse transitado em julgado, no caso de separação litigiosa. Se a homologação ou o trânsito em julgado da sentença judicial estivessem pendentes, a dissolução da sociedade conjugal seria superada pela morte, cujos efeitos, segundo o autor, “por mais amplos, prevaleciam. Dentre eles, o direito à herança”<sup>1</sup>. Nesse sentido, temos o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 04 de maio de 2000:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DE FAMÍLIA. SUCESSÃO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. USUFRUTO VIDUAL. BENS IMÓVEIS. SEPARAÇÃO DE FATO. ART. 1611, § 1º DO CÓDIGO CIVIL. DESCABIMENTO. PECULIARIDADES DE ESPÉCIE.- A separação apenas de fato do casal, à época do falecimento, não é causa suficiente para se negar ao cônjuge supérstite o direito ao usufruto vidual de um quarto dos bens do cônjuge extinto, nos termos do art. 1.611, § 1º, do Código Civil, pois casados sob o regime da separação total de bens. - A presente espécie, todavia, traz a

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p. 118.

peculiaríssima circunstância de o casamento ter durado apenas três meses, não caracterizando a convivência do casal, que se encontrava separado de fato há mais de quatro anos. - Ademais, os bens pertenciam exclusivamente à esposa falecida, tendo o cônjuge varão presumidamente vivido às suas custas e abandonado o lar amparado na expedição de alvará de separação de corpos. - Recurso especial conhecido e provido.”<sup>2</sup>

Entretanto, há decisão do STJ em sentido contrário, entendendo que a separação de fato excluiria o cônjuge da sucessão:

“CIVIL E PROCESSUAL. SOCIEDADE CONJUGAL. SEPARAÇÃO DE FATO. AÇÃO DE DIVÓRCIO EM CURSO. FALECIMENTO DO GENITOR DO CÔNJUGE-VARÃO. HABILITAÇÃO DA ESPOSA. IMPOSSIBILIDADE. I. Não faz jus à sucessão pelo falecimento do pai do cônjuge-varão, a esposa que, poca do óbito, já se achava há vários anos separada de fato, inclusive com ação e divórcio em andamento. II. Recurso especial conhecido e provido, para excluir a recorrida do inventário.”<sup>3</sup>

Uma questão relevante no Código Civil de 1916 era quando o cônjuge casado, porém, separado de fato, constituía união estável e viesse a falecer. Para aqueles que entendem que o cônjuge casado, mas separado de fato não teria direito a suceder, apenas o companheiro teria direito à herança.

Porém, para aqueles que entendem que a separação de corpos não é suficiente para excluir o cônjuge da sucessão, a herança poderia ser dividida entre o cônjuge e o companheiro.

O caput e o § 1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 superou tal controvérsia prevendo a possibilidade do cônjuge casado, mas separado de fato constituir união estável. Neste caso, o cônjuge é excluído da sucessão, e os direitos sucessórios são atribuídos ao companheiro.

Isso ocorreu em virtude da modificação que o conceito de família sofreu no ordenamento jurídico brasileiro. Antes, a família era vista como uma unidade de produção e consumo, atualmente ela é concebida como uma comunhão de

---

<sup>2</sup> STJ, RESP nº 108.706 – RJ, Recurso Especial nº 1996/0060019-8, Quarta Turma, Ministro Relator Barros Monteiro, julgado em 04/05/2000 e publicado em 25/03/2002.

<sup>3</sup> STJ, RESP nº 226.288-PA, Recurso Especial nº 1999/0071159-9, Quarta Turma, Ministro Relator Aldir Passarinho Junior, julgado em 13/09/2000 e publicado em 30/10/2000.

vida baseada na afeição entre os cônjuges. De acordo com a autora Ana Luiza Maia Nevares, a separação de fato cessaria o pressuposto fundamental do casamento, que é o afeto entre os cônjuges. Não havendo mais comunhão de vida e espírito entre os cônjuges, não haveria razão para que o cônjuge supérstite sucedesse aos bens do de cujus.<sup>4</sup>

O Código Civil de 2002 se posicionou quanto à essa questão, em seu artigo 1.830, estabelecendo expressamente que o cônjuge separado de fato do de cujus há mais de dois anos deve ser excluído da sucessão.

Em relação à validade do casamento, o Código Civil de 1916 estabelecia em seu artigo 221 que na hipótese de ocorrência de casamento putativo, o cônjuge de boa-fé poderia suceder caso a morte do outro cônjuge tivesse ocorrido antes da sentença anulatória. No caso de apenas um dos cônjuges estar de boa-fé, somente ele teria direito a suceder.

### **1.1.2. O cônjuge usufrutuário**

Como dito anteriormente, no sistema do Código Civil de 1916, o cônjuge não possuía status de herdeiro necessário em relação à herança deixada pelo cônjuge falecido. O cônjuge sobrevivente só tinha direito a suceder se ao tempo da morte não estivesse separado legalmente do de cujus e se ausentes descendentes ou ascendentes do falecido. Com o intuito de conceder maior proteção ao cônjuge sobrevivente, a Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, denominada Estatuto da Mulher Casada, inseriu dois parágrafos ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916.

O § 1º acrescentado ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916 dispunha sobre o usufruto vidual, estabelecendo que quando houvesse descendentes, fossem do casal ou apenas do de cujus, o cônjuge viúvo teria direito ao

---

<sup>4</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*, Ed. Renovar, 2004. p. 86.

usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, exceto se o regime de bens adotado pelo casal fosse o da comunhão universal. Quando houvesse apenas ascendentes do de cujus, o cônjuge viúvo teria direito ao usufruto da metade dos bens do falecido. No entanto, referido direito somente é concedido enquanto durar a viuvez do cônjuge supérstite.

Para verificar a possibilidade de concessão do usufruto vidual, eram exigidos os mesmos pressupostos quando o cônjuge era herdeiro único: um casamento válido e a não dissolução da sociedade conjugal ao tempo da morte do autor da herança. Da mesma forma que a separação de fato excluía o cônjuge da sucessão, também excluiria o direito ao usufruto vidual, haja vista que o pressuposto para a participação do cônjuge supérstite na herança era a convivência e o afeto entre o cônjuge supérstite e o de cujus.

Conclui-se, portanto, que para que houvesse a incidência do usufruto vidual, era necessário que o regime de bens adotado pelo casal não fosse o da comunhão universal e que existissem outros herdeiros necessários. Não havendo outros herdeiros necessários, o cônjuge casado sob regime de bens diverso da comunhão universal teria direito ao usufruto somente se a propriedade da herança não lhe tivesse sido atribuída por meio de testamento.

Zeno Veloso critica a restrição feita ao benefício do usufruto vidual de que o mesmo só seria cabível quando o regime de bens adotado for o da comunhão universal de bens. Para o referido autor, o usufruto vidual deveria ser concedido à todos os cônjuges supérstites, independentemente do regime de bens adotado pelo casal.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> VELOSO, Zeno. *O direito sucessório dos companheiros*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2ª ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 244.

Com relação à expressão “filhos” do § 1º do art. 1.611 do CC/1916, deve-se interpretar como descendentes de qualquer grau, ou seja, existindo filhos somente do cônjuge falecido ou filhos comuns maiores, ou ainda netos do de cujus, o direito ao usufruto é limitado à quarta parte dos bens.

Parte da doutrina e da jurisprudência entendia que para que houvesse a aplicação do § 1º do art. 1.611 do CC/1916, era necessário averiguar a necessidade alimentar do cônjuge supérstite. Ou seja, só teria direito ao usufruto vidual o cônjuge que comprovasse que ficou desamparado em virtude da morte do de cujus. Entretanto, o STJ já decidiu que o cabimento do usufruto vidual independe da situação econômica do cônjuge supérstite, pois se trata de direito sucessório<sup>6</sup>.

Há autores que defendem que o usufruto vidual só poderia incidir sobre os bens que integram a metade disponível do de cujus. Outra linha mais restritiva entende que o usufruto vidual recai somente sobre os bens adquiridos na constância do matrimônio, de forma a impossibilitar o enriquecimento sem causa do cônjuge sobrevivente, pois o mesmo não contribuiu para a formação do patrimônio anterior ao seu casamento com o de cujus. Orlando Gomes<sup>7</sup> adota o entendimento de que o usufruto vidual incidiria somente sobre os bens que compõem a metade disponível da herança, entretanto, deveria ser calculado sobre todos os bens componentes do acervo hereditário, inclusive a legítima. Já Rolf Madaleno<sup>8</sup> adota a linha mais restritiva, a qual entende que o usufruto vidual não poderia recair sobre os bens adquiridos anteriormente à

---

<sup>6</sup> Nesse sentido: STJ, RESP nº 648.072 – RJ, Recurso Especial nº 2004/0040633-0, Terceira Turma, Ministro Relator Ari Pargendler, julgado em 20/03/2007 e publicado em 23/04/2007. Ementa: “CIVIL. USUFRUTO VIDUAL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. O usufruto vidual é instituto de direito sucessório, independente da situação financeira do cônjuge sobrevivente, e não se restringe à sucessão legítima; tem aplicação, também, na sucessão testamentária. Recurso especial conhecido e provido.”

<sup>7</sup> GOMES, Orlando, *Sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, 11ª ed.. P. 64 *apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. Cit., p. 92.

<sup>8</sup> MADALENO, Rolf. “A *Fidelidade Vidual na União Estável*”, in *Lex*, ano 8, março de 1996, n. 79, pp. 9/33. *apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. Cit., p. 93.

convivência ou ao casamento, pois o cônjuge supérstite estaria enriquecendo ilicitamente já que não houve esforço comum para a aquisição de tais bens.

Para Ana Luiza Maia Nevares, nenhum desses entendimentos merece prosperar. A autora afirma que se trata de um direito sucessório, pois está inserido no Livro pertinente ao Direito das Sucessões. Além disso, afirma a autora que tal direito estará condicionado apenas ao regime de bens do matrimônio, na medida em que o legislador brasileiro não previu nenhuma regra no sentido de excluir o benefício quando o cônjuge supérstite já havia recebido liberalidades do falecido. Afirma a autora que neste caso o cônjuge supérstite sucederá o falecido nas faculdades de uso e gozo sobre uma porção do monte, enquanto outros herdeiros o fazem na nua propriedade, de modo que haverá sucessores simultâneos sobre um mesmo patrimônio<sup>9</sup>.

De acordo com o STJ, no caso em que for adotado o regime da comunhão parcial de bens e houver comunhão de aquestos, não caberia a incidência do usufruto vidual:

“INVENTÁRIO. USUFRUTO VIDUAL. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL. VIÚVA MEEIRA NOS AQUESTOS. Reconhecida a comunhão dos aquestos, não tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime diverso da comunhão universal de bens, direito ao usufruto vidual previsto no art. 1.611, § 1º, do Código Civil. Precedente do STF. Recurso Especial não conhecido.”<sup>10</sup>

Para o STJ também não seria cabível o benefício do usufruto vidual na hipótese em que casado sob o regime da separação convencional de bens, o cônjuge supérstite já tiver sido beneficiado em testamento pelo de cujus:

“USUFRUTO LEGAL. Cônjuge supérstite. Testamento. A cônjuge supérstite que fora casada com o “de cujus” em regime de separação de bens (art. 258, parágrafo único, inciso II do CC), não tem direito ao usufruto legal (art. 1.611, § 1º, do CC) se

---

<sup>9</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p.95.

<sup>10</sup> STJ, RESP 34714-6 - SP, Recurso Especial nº 93.12109-0, Quarta Turma, Ministro Relator Barros Monteiro, julgado em 25/04/1994 e publicado em 06/06/1994.

contemplada no testamento com bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto. Recurso não conhecido.”<sup>11</sup>

Outra questão bastante debatida é a que se refere à natureza jurídica do usufruto vidual. Alguns autores entendem que o usufruto legal do cônjuge viúvo possui natureza alimentar, enquanto outros entendem que seria uma espécie de usufruto legal.

Discute-se, também, se o usufruto vidual seria um direito a título universal, de modo a atribuir ao cônjuge a qualidade de herdeiro, ou se a título singular, configurando um legado ex lege. De acordo com Gustavo Tepedino, o direito ao usufruto vidual:

“enfrentou resistências na cultura jurídica brasileira, tradicionalmente avessa à atribuição de direitos sucessórios ao cônjuge. Na prática, a maior parte da jurisprudência e da doutrina entendeu ser a concessão do usufruto um legado ex lege, reduzindo o cônjuge usufrutuário a simples legatário, admitindo o afastamento dessa proteção por testamento do falecido.”<sup>12</sup>

Sucessor a título universal é aquele que substitui o finado, assumindo sua posição jurídica nas relações patrimoniais, ou seja, o representa. Com isso, os herdeiros possuem responsabilidade pelas dívidas do monte, diversamente dos legatários, que só responderão pelas dívidas da herança quando ela for insolvente.

A herança é a individualização de uma quota do monte, possuindo, portanto, valor e conteúdo indefinidos. Já o legado tem seu valor definido no testamento ou seu objeto.

Caso o valor total do monte seja diminuído em virtude do pagamento de dívidas deixadas pelo de cujus, as quotas dos herdeiros também diminuirão. Já os legados permanecem inalterados.

---

<sup>11</sup> STJ, RESP nº 28.152-4 – SP, Quarta Turma, Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 30/05/1994 e publicado em 27/06/1994.

<sup>12</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*. Pensar, Fortaleza, v. 17, n.1, p. 140, jan./jun. 2012.

Com isso, é possível concluir que considerar o usufruto vidual uma sucessão a título universal ou legado, afetará diretamente a responsabilidade do cônjuge usufrutuário pelas dívidas deixadas pelo de cujus.

Orlando Gomes entende que o cônjuge usufrutuário não sucede o falecido a título universal, nem numa parte abstrata da herança, possuindo apenas um direito de natureza real sobre parte dos bens, haja vista que a condição de herdeiro é perpétua e o direito ao usufruto vidual é temporário. O autor concluiu que em virtude da natureza do direito hereditário do cônjuge não é possível considera-lo herdeiro necessário no sistema do Código Civil de 1916, prevalecendo então a doutrina que o considera legatário ex lege<sup>13</sup>.

Gustavo Tepedino, entretanto, diverge do entendimento exposto acima. Para o referido autor, o usufruto vidual, além de não poder ser afastado por testamento, representava, ainda, uma quota da herança, um percentual extraído da massa de bens que integra o patrimônio do cônjuge falecido. Segundo o autor, “o usufruto vidual representou, assim, a atribuição de status de herdeiro necessário no direito positivo brasileiro.”<sup>14</sup>

Para Ana Luiza Maia Nevares, não resta dúvida de que na hipótese do § 1º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, o cônjuge supérstite não casado pelo regime da comunhão universal de bens sucede a título universal, haja vista que o direito de usufruto recairá sobre uma quota parte dos bens do falecido, possuindo, então, a posição de herdeiro do autor da herança.<sup>15</sup>

Em relação ao fato de o usufruto vidual se tratar de um direito temporário, é importante salientar que a duração do direito transmitido não é fator determinante para a configuração da posição de herdeiro. O ordenamento

---

<sup>13</sup> GOMES, Orlando, *Sucessões*, p.63, 14ª Edição, Editora Forense, 2008.p. 64

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit., p. 140.

<sup>15</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 102.

jurídico brasileiro permite expressamente a existência de herdeiro sob condição resolutiva (art. 1.664, CC/16; art. 1.897, CC/02), o que não significa que estes não pertençam à categoria de herdeiros.

Há também quem argumente no sentido de que o cônjuge usufrutuário não poder ser considerado herdeiro, pois não sucede na mesma posição jurídica do finado, haja vista que o cônjuge usufrutuário não possui a plena propriedade dos bens sobre os quais recai o usufruto. Este entendimento não deve prosperar, pois, em virtude do desmembramento do domínio, nem o nu-proprietário, nem o usufrutuário sucederão na mesma posição jurídica que o de cujus.

A melhor interpretação é a que considera o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário em usufruto, pois, desta forma, atende ao propósito do Estatuto da Mulher Casada, que ao conceder um direito hereditário ao cônjuge supérstite na modalidade de usufruto, buscou “atender aos anseios de uma nova família, especialmente no que se refere à emancipação da mulher e à valorização do elemento afetivo nas relações familiares”<sup>16</sup>.

Sendo cônjuge usufrutuário um herdeiro necessário, poderá ser excluído da sucessão por indignidade ou deserdação (ordenada pelo testador através de disposição testamentária), como qualquer outro herdeiro necessário. Na deserdação, o cônjuge usufrutuário só pode ser excluído pelo testador se ocorrerem uma das causas que autorizam a indignidade (art. 1.741, CC/16; art. 1.961, CC/02). Não é permitido aplicar ao cônjuge as causas previstas para a deserdação de descendentes e ascendentes (arts. 1.744 e 1.745 do CC/16 e arts. 1.962 e 1.963 do CC/02), pois as justificativas da deserdação não admitem interpretação extensiva.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. cit., p.105.

<sup>17</sup> Ibid., p.105.

O usufruto vidual incidirá inclusive nas hipóteses em que o cônjuge supérstite já houver recebido liberalidades do falecido.

Aberta a sucessão, caberá ao cônjuge usufrutuário a posse imediata dos bens da herança até o encerramento da partilha. O cônjuge supérstite também possuirá legitimidade para ajuizar as ações que visem concretizar os direitos do autor da herança, como os interditos possessórios. E, assim como os demais herdeiros, será responsável pelo passivo da herança. No entanto, esta responsabilidade deverá observar a proporção do monte herdada pelo cônjuge e a natureza de seu direito hereditário.

O usufruto legal do cônjuge viúvo é calculado sobre todos os bens do acervo hereditário, após a quitação das dívidas do autor da herança, incluindo-se os bens da legítima neste cálculo.<sup>18</sup>

O cônjuge usufrutuário não tem o dever colacionar os bens recebidos em vida pelo autor da herança, assim como os ascendentes do de cujus. Como não há na sucessão outros herdeiros legitimários que sucedem em usufruto, não há necessidade de igualar a quota do cônjuge usufrutuário com a de outros sucessores.

Um ponto bastante discutido é quanto a parte do patrimônio hereditário sobre a qual o usufruto vidual poderá incidir, mais precisamente se o usufruto legal do cônjuge viúvo poderá recair sobre a legítima dos descendentes e ascendentes.<sup>19</sup>

A Lei 4.121/62 elevou o cônjuge supérstite à categoria de herdeiro necessário em usufruto, mas manteve a disposição do art. 1.576 do CC/16, que

---

<sup>18</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p.110.

<sup>19</sup> O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de 3 de abril de 2001 (Lex STJ 145/217), decidiu no sentido de que o usufruto “recai sobre a totalidade do patrimônio do falecido – inclusive, portanto, sobre a legítima” *apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 124.

determinava que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. Em virtude disto, entende-se que o usufruto viual incidirá sobre a legítima dos descendentes e dos ascendentes, permanecendo o testador com a livre disposição de metade da herança.

### **1.1.3. O cônjuge supérstite e o direito real de habitação**

O § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, também inserido pela Lei 4.121/62, atribuiu ao cônjuge supérstite o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto este estivesse vivo e viúvo, desde que o regime de bens adotado fosse o da comunhão universal de bens e que o imóvel fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

Portanto, para a concessão do direito real de habitação deveriam ser preenchidos os seguintes pressupostos: (i) casamento válido, (ii) não estar dissolvida a sociedade conjugal, (iii) regime da comunhão universal de bens e (iv) único bem residencial no monte a inventariar, sendo destinado à residência da entidade familiar. Havendo apenas um imóvel no acervo hereditário e ele não fosse destinado à residência dos cônjuges, não incidiria o direito real de habitação. Havendo mais de um imóvel residencial entre os bens a inventariar, ainda que alugados, emprestados ou fechados, também não incidiria o direito real de habitação.

A parte da herança que cabe ao cônjuge sobrevivente não é prejudicada em virtude da concessão do direito real de habitação. Porém, referido direito não era concedido quando o cônjuge supérstite tivesse pleno domínio sobre aquele bem, como no caso de o cônjuge ter direito à totalidade da herança ou quando o imóvel integrar a sua meação na divisão dos bens em comunhão ou na hipótese deste bem ter sido destinado ao cônjuge supérstite em testamento.

O direito real de habitação é extinto no caso de seu titular vier a falecer ou contrair nova união, seja casamento ou união estável. Além disso, trata-se de um direito sucessório e, portanto, passível de abdicação, podendo ser extinto na hipótese de o cônjuge renunciá-lo.

Assim como no usufruto, é vedado ao cônjuge alugar ou emprestar o imóvel destinado à residência da família sobre o qual recai o direito real de habitação, sendo-lhe permitido apenas habitá-lo.

O direito real de habitação não é extinto caso o titular deixe de usar o imóvel, haja vista que em nosso ordenamento jurídico não há hipótese prevista de extinção do usufruto e do uso pela ausência de exercício do direito. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça entende que a desocupação do imóvel é hábil para extinção do direito, com fundamento no art. 462 do Código de Processo Civil<sup>20</sup>.

Segundo a autora Ana Luiza Maia Nevares, o direito real de habitação “visa garantir a moradia do consorte sobrevivente, evitando que este seja privado da sua habitação em virtude da transmissão do patrimônio do de cujus aos seus sucessores”<sup>21</sup>. Como forma de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo da Constituição Federal (art. 1º, inciso III, CF/88), devem ser assegurados todos os meios materiais necessários ao desenvolvimento da pessoa humana, dentre eles, o direito à moradia (art. 6º, caput e art. 5º, § 2º, CF/88). A concretização da dignidade humana exige o respeito às condições materiais mínimas necessárias ao desenvolvimento da

---

<sup>20</sup> Nesse sentido: STJ, REsp 285.324/RS, Recurso Especial nº 2000/0111627-4, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22/03/2001 e publicado em 07/05/2001. Ementa: “CAUSA DE PEDIR. Alteração. Fato novo superveniente. Desocupação do imóvel. Viúvo. Direito de habitação. Nova família. União estável. Nos termos do art. 462 do CPC, o juiz deve considerar fato superveniente, suficiente para determinar o julgamento da causa. Viúvo que constitui nova família em união estável e depois desocupa o imóvel integrante do espólio. Ação proposta pelo primeiro fato e julgada procedente pelo segundo. Admissibilidade. Recurso não conhecido”.

<sup>21</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 124.

pessoa humana, o que justifica a existência do direito real de habitação ao cônjuge supérstite.

Diante disso, na opinião da autora, o direito real de habitação deve ser estendido aos cônjuges sobreviventes casados em regime diverso da comunhão universal de bens. O Código Civil de 2002 adotou este entendimento em seu artigo 1.831 ao atribuir ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação, independente do regime de bens adotado pelo casal<sup>22</sup>. A Lei 9.278/96, no parágrafo único de seu art. 7º, também conferiu o direito real de habitação aos companheiros, sem estabelecer ressalvas em relação ao regime de bens adotado. Este também é o entendimento do STJ, que já admitiu que o direito real de habitação fosse aplicado à cônjuge supérstite casado sob regime diverso da comunhão universal em sucessão aberta quando o Código Civil de 1916 ainda vigorava<sup>23</sup>.

O § 2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, ao conferir o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, estabeleceu um legado ex lege, como ressalta Orlando Gomes<sup>24</sup>, pois, o direito real transmitido ao cônjuge é limitado a um objeto certo e determinado, destacado do patrimônio hereditário especialmente para aquele fim.

---

<sup>22</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 125.

<sup>23</sup> Nesse sentido: STJ, RESP 821.660 – DF, Recurso Especial nº 2006/0038097-2 Relator Ministro Sidnei Beneti, julgado em 14/06/2011 e publicado em 17/06/2011. “DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2. – A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. 4.- Recurso Especial improvido.”

<sup>24</sup> GOMES, Orlando, Op. Cit., p. 65.

Com relação à posse imediata do bem objeto do direito real de habitação, esta caberá ao cônjuge supérstite, haja vista que, o legislador, ao conceder tal direito ao cônjuge, tinha o objetivo de assegurar a moradia do mesmo, evitando que este fosse privado de seu lar em virtude do falecimento de seu consorte.

O direito real e habitação será aplicável inclusive na hipótese de haver testamento que atribua todos os bens do autor da herança a terceiros, excluindo o cônjuge da sucessão, como dispõe o art. 1725 do Código Civil de 1916, podendo recair, ainda, sobre a legítima dos descendentes e ascendentes.

A Lei 9.278/96, ao instituir o direito real de habitação para os companheiros, não estabeleceu o requisito de existir apenas um imóvel residencial no monte a inventariar. A razão pela qual assim estabeleceu o legislador é que entre os companheiros não vigorará regra de divisão patrimonial similar à comunhão universal, exceto na hipótese remota em que for celebrado pacto escrito neste sentido. Segundo a autora Ana Luiza Maia Nevares, na sucessão entre companheiros, bem como entre os casados nos regimes da comunhão parcial e separação de bens, exigir a existência de apenas imóvel residencial no acervo hereditário poderia gerar grandes injustiças. Isso porque poderiam existir vários imóveis no patrimônio do autor da herança que não tocarão ao consorte sobrevivente, e, caso não pudesse incidir o direito real de habitação, o cônjuge supérstite seria privado de sua moradia. Diante disso, a autora afirma que “nos regimes da comunhão parcial de bens e da separação total aplica-se o direito real de habitação tal como disposto na Lei 9.278/96, art. 7º, parágrafo único: sem a exigência de existir um único imóvel residencial a inventariar”.<sup>25</sup>

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o § 2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916 é deficiente na medida em que possibilita a existência de

---

<sup>25</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p.132.

situações em que a proteção à moradia do cônjuge sobrevivente, bem como de sua dignidade humana, não seja concretizada.

## **1.2. A tutela sucessória do cônjuge no Código Civil de 2002**

A tutela sucessória do cônjuge foi ampliada significativamente no Código Civil de 2002. O artigo 1.845 elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, assim como os ascendentes e descendentes. Com essa mudança, o vínculo matrimonial alcançou o mesmo plano do vínculo de sangue.<sup>26</sup> Diante disso, o cônjuge só poderia ser excluído da herança pelo testador nos casos de indignidade ou deserdação.

O art. 1.830 do Código Civil de 2002 estabeleceu dois requisitos necessários para que o direito sucessório do cônjuge seja reconhecido: (i) não estar separado judicialmente ao tempo da morte do outro cônjuge; (ii) não estarem separados de fato há mais de dois anos, exceto, se provar que a convivência se tornara impossível sem culpa do cônjuge supérstite.

Na hipótese de a separação de fato ter ocorrido por culpa do cônjuge supérstite, para que ele seja excluído da sucessão será necessário provar por meio da ação de exclusão de herdeiro, que será distribuída por dependência aos autos do inventário<sup>27</sup>.

Orlando Gomes afirma que a mera separação de corpos não retira o direito do cônjuge supérstite à herança, no entanto, a separação judicial pendente de recurso já seria suficiente para excluí-lo da sucessão do cônjuge falecido. Segundo o autor, no Código Civil de 2002, a separação de fato só ensejaria a exclusão do cônjuge supérstite caso os herdeiros provassem que a separação

---

<sup>26</sup> GOMES, Orlando, Op. Cit., p. 63.

<sup>27</sup> Ibid., p. 64.

teria ocorrido há mais de 2 anos e esta ocorreu por culpa do cônjuge sobrevivente.<sup>28</sup>

Guilherme Calmon Nogueira da Gama diverge do entendimento de Orlando Gomes. Para o autor, o cônjuge supérstite terá direito à herança do de cujus se o falecimento ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença ou da homologação do acordo, exceto no caso de separação de fato há mais de dois anos.<sup>29</sup>

### **1.2.1. Concorrência com descendentes comuns e não comuns**

Na disciplina do Código Civil de 2002, o cônjuge tornou-se herdeiro em propriedade plena, concorrendo com descendentes e ascendentes. Na ausência de outros herdeiros necessários, cabe ao cônjuge a totalidade do patrimônio do de cujus. Portanto, no sistema do novo Código Civil, a presença de ascendentes e descendentes não é capaz de excluir o cônjuge da herança, como ocorria no sistema do Código Civil de 1916. Pelo contrário, o cônjuge passou a concorrer com os descendentes e ascendentes do de cujus, tendo direito, dependendo com que classe de herdeiros concorra, a uma determinada fração, que irá variar de acordo com as circunstâncias descritas pelo Código Civil de 2002 (arts. 1.829, I, 1.832 e 1.837)<sup>30</sup>.

Na concorrência com os descendentes, a tutela sucessória do cônjuge dependerá do regime de bens adotado pelos cônjuges. Portanto, havendo descendentes, o cônjuge não herdará caso seja casado sob o regime da comunhão universal de bens ou sob o regime da separação obrigatória, ou se casado sob o regime da comunhão parcial de bens, o de cujus não houver deixado bens particulares. O regime da separação obrigatória de bens é

---

<sup>28</sup> GOMES, Orlando, Op. Cit., p.64.

<sup>29</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direito Civil: Sucessões*, Volume 7, 2ª ed.. São Paulo: Atlas S.A., 2007. (Série Fundamentos Jurídicos). P. 107.

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 131.

imposto pela lei em algumas hipóteses: (i) quando o casamento for contraído com inobservância de alguma das causas suspensivas para celebração do casamento (art. 1.641, I, CC/02); (ii) quando o casamento for contraído por pessoa maior de 70 (setenta) anos (iii) para os que dependem de suprimento judicial para casar (art. 1.641, II e III, CC/02). De acordo com Ana Luiza Maia Navares, a justificativa para este impedimento é que se “o legislador optou por impedir a comunhão entre os cônjuges, também na sucessão, em concorrência com os descendentes, seguiu a lei a mesma orientação de separação dos patrimônios entre os consortes”<sup>31</sup>. Quando casado sob o regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge só terá direito à suceder caso o falecido deixe bens particulares.

Para Orlando Gomes, permanece a proteção estabelecida na Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, a qual estabelece que no caso de cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória, os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento devem se comunicar, de forma a impedir o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro.<sup>32</sup>

O art. 1.832 do Código Civil de 2002 estabelece que ao concorrer com os descendentes, o cônjuge terá direito à um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Caso o cônjuge seja o ascendente dos herdeiros com quem concorrer, sua quota deverá corresponder, no mínimo, à quarta parte da herança.

Quando o cônjuge não for ascendente dos descendentes com quem concorre, a herança será dividida por cabeça, em partes iguais, entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do autor da herança.

---

<sup>31</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. Cit., p. 161 e 162.

<sup>32</sup> GOMES, Orlando. Op. cit., p.66.

Indaga-se acerca de como deverá ser realizada a partilha quando a prole for mista, ou seja, houver descendentes apenas do autor da herança e descendentes dos cônjuges. Sendo a lei omissa neste caso, há divergências na doutrina.

Parte da doutrina entende que, se o de cujus deixou descendentes dos quais o cônjuge sobrevivente não é ascendente, será aplicada a regra geral: caberá ao cônjuge sobrevivente um quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por cabeça. Este é o entendimento de Gustavo Tepedino, o qual afirma que “o sentido sistemático da proteção pela quota mínima consiste em que o cônjuge irá conviver com descendentes que também terão vocação hereditária na sua própria sucessão. No caso da prole mista não existe relação sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os filhos de outro leito, não se justificando tal proteção.”<sup>33</sup>

Já a outra corrente doutrinária entende que neste caso deve ser aplicada a regra da garantia mínima da quarta parte.

Diante do disposto no art. 1.832 do Código Civil de 2002, os dois posicionamentos doutrinários são possíveis, o que pode gerar injustiças, já que situações idênticas poderão ser tratadas de maneira diversa.

Para Ana Luiza Maia Nevares, merece prosperar o entendimento do autor Zeno Veloso, que assegura o benefício da quarta parte da herança somente quando o cônjuge é ascendente dos herdeiros com quem concorre, ou seja, quando concorrer com descendentes apenas do de cujus, caberá ao cônjuge supérstite um quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por cabeça.<sup>34</sup>

Havia ainda uma controvérsia acerca de quais bens incidiria a herança do cônjuge supérstite quando adotado o regime da comunhão parcial de bens. De

---

<sup>33</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit., p. 151.

<sup>34</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 163 e 164.

acordo com o disposto no inciso I do art. 1829 do Código Civil de 2002, o cônjuge supérstite não terá direito à herança quando o de cujus não houver deixado bens particulares.

A respeito do inciso I do art. 1.829 do Código Civil de 2002, podem ser identificadas três correntes doutrinárias: a primeira se baseia no Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil, a qual entende que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens só terá direito à herança caso o de cujus tenha deixado bens particulares e seu direito sucessório incidirá somente sobre esses bens. A segunda corrente entende que, quando adotado o regime da comunhão parcial de bens, a sucessão ocorrerá também apenas se o de cujus houver deixado bens particulares, porém, sua quota da herança incidirá sobre todo o patrimônio. A terceira corrente entende que a sucessão do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens só ocorrerá caso o falecido não tenha deixado bens particulares.

Apesar da controvérsia existente, recentemente a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) uniformizou seu entendimento no sentido de que, quando adotado o regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge supérstite concorrerá com os descendentes do de cujus na herança deixada por este, apenas quanto aos bens particulares.

A decisão confirmou o Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que dispõe o seguinte:

“O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”

Havia outra divergência no STJ a respeito da concorrência do cônjuge com os descendentes do de cujus, quando o regime adotado é o da separação total

convencional de bens. O entendimento adotado anteriormente pelo STJ era de que o cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional de bens não seria herdeiro necessário, não concorrendo com os descendentes do falecido. O fundamento deste entendimento era de que conceber o cônjuge casado sob o regime da separação total de bens como herdeiro necessário em concorrência com os descendentes do de cujus feria o art. 1.687 do Código Civil de 2002, gerando uma quebra na interpretação sistemática do Código Civil de 2002.<sup>35</sup> Entretanto, recentemente o STJ modificou seu entendimento,

---

<sup>35</sup>STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 992.749 - MS (2007/0229597-9), Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2009 e publicado em 05/02/2010. Ementa: “Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. - Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. - Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02. - Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes. - O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. - Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. - Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. - No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. - A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do

passando a afirmar que o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens seria herdeiro necessário do de cujus e concorreria com os descendentes daquele, de acordo com o estabelecido no art. 1.829, I, do Código Civil de 2002.<sup>36</sup>

---

morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”. - Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.. - Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. - Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria. - Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública. - O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.”

<sup>36</sup> STJ, Recurso Especial nº 1.472.945 - RJ (2013/0335003-3), Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/10/2014 e publicado em 19/11/2014. Ementa: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. 1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna. 2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. 3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial. 4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cedição no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem. 5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. 6. O regime da

### **1.2.2. Concorrência com ascendentes**

O art. 1.836 do Código Civil de 2002 estabelece que na ausência de descendentes, o cônjuge concorrerá com os ascendentes do de cujus. Neste caso, o direito do cônjuge à sucessão dos bens do patrimônio do de cujus não dependerá do regime de bens adotado.

O artigo 1.837 do Código Civil de 2002 estabeleceu que o cônjuge terá direito a um terço da herança quando concorrer com ascendentes de 1º grau do de cujus. Havendo apenas um ascendente ou sendo o ascendente de maior grau, caberá ao cônjuge a metade da herança.

### **1.2.3 Direito à totalidade da herança do cônjuge**

Na ausência de descendentes e ascendentes, o cônjuge herdará totalidade da herança, conforme dispõe o artigo 1.838 do Código Civil de 2002. Nesta hipótese, o regime de bens adotado também não será requisito para que o cônjuge tenha direito à sucessão. Dessa maneira, metade da herança pertencerá ao cônjuge supérstite de pleno direito, podendo o testador dispor livremente da outra metade de seu patrimônio.

---

separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente. 7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988). 8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular. 9. Recurso especial não provido.”

#### 1.2.4. Direito real de habitação

O Código de 2002, em seu artigo 1.831, ampliou o direito real de habitação concedido ao cônjuge supérstite sobre o imóvel residencial familiar, prevendo que o benefício será concedido independentemente do regime de bens adotado, sem prejuízo da parte que lhe caiba na herança. No Código anterior, tal direito somente era concedido na hipótese em que o regime de bens adotado era o da comunhão universal.

Portanto, além de sua participação na herança como herdeiro necessário, o cônjuge sobrevivente terá o direito real de habitação relativamente ao imóvel que era destinado à residência da família. A lei, no entanto, manteve a exigência de haver apenas um imóvel residencial no patrimônio do de cujus. Diante disso, na hipótese de existir apenas um imóvel residencial no monte e o mesmo não servir de domicílio para os cônjuges, não incidirá o direito real de habitação. Do mesmo modo, tal benefício não será concedido quando existir mais de um imóvel residencial no monte; ainda que estejam alugados, emprestados ou fechados.

No sistema do Código Civil de 2002 não foi mantida a regra do Código anterior que restringia o direito real de habitação enquanto o cônjuge supérstite não contraísse nova união. Portanto, o direito real de habitação gravará o imóvel enquanto o cônjuge supérstite viver<sup>37</sup>, ainda que este venha a se casar novamente ou viver em união estável.

Quando o cônjuge supérstite herdar a totalidade da herança, não incidirá o direito real de habitação, haja vista que é impossível constituir tal direito sobre coisa própria.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> GOMES, Orlando, Op. Cit., p.65.

<sup>38</sup> Ibid., p.65.

A respeito do direito real de habitação do cônjuge supérstite, foi elaborado o Enunciado nº 271, na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe que o cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, sem prejuízo de sua participação na herança.

Por se tratar de um instituto que visa a proteção do cônjuge supérstite, para que este não fique desamparado e sem moradia em virtude da morte de seu consorte, a jurisprudência entende que quando este tiver recursos ou local para estabelecer sua moradia, não estará este desamparado, não fazendo jus ao direito real de habitação.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Nesse sentido: TJRS, Agravo de Instrumento nº 70060165313 (Nº CNJ: 0209094-90.2014.8.21.7000), Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, julgado em 30/07/2014. Ementa: “INVENTÁRIO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA VIÚVA, QUE É PROPRIETÁRIA DE OUTRO IMÓVEL. 1. O direito real de habitação é instituto de natureza eminentemente protetiva do cônjuge ou do companheiro supérstite, para que não fique desamparado após a morte de seu par, situação que não se verifica no caso, onde restou cabalmente demonstrado que a autora é proprietária de outro imóvel próprio para moradia. 2. Havendo herdeiras necessárias, não pode o direito delas sobre o único imóvel inventariado ser obstado, pelo reconhecimento do direito real de habitação à viúva, que possui outro imóvel e pode nele residir. Recurso provido.”

## CAPÍTULO 2

### A UNIÃO ESTÁVEL

#### 2.1. Elementos essenciais para caracterização da união estável

A união estável está disciplinada no Código Civil de 2002, nos artigos 1.723 a 1.727. Assim como na Lei 9.278/96, o Código Civil de 2002 não exige prazo mínimo para que seja reconhecida a união estável, nem que os companheiros estejam solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados.<sup>40</sup>

De acordo com o art. 1.723 do Código Civil de 2002, para que uma união estável seja reconhecida é necessária a convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. O parágrafo 1º do referido artigo ainda admite a possibilidade de que o sujeito casado, mas separado de fato, constitua união estável.

O art. 1.725 do referido diploma legal estabelece que na ausência de contrato regulando o regime de bens, vigora o regime da comunhão parcial de bens. Da mesma forma estabelecia o art. 5º da Lei 9.278/96, dispondo que entre os companheiros vigorava uma presunção relativa de comunhão de bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, que poderia ser afastada caso restasse comprovado que não houve colaboração mútua para a formação do acervo patrimonial.

---

<sup>40</sup> Nesse sentido: STJ, RESP nº 246.909, Recurso Especial nº 2000/0008514-6, Terceira Turma, Ministro Relator Carlos Alberto Menezes, julgado em 06/12/2001 e publicado em 25/03/2002. Ementa: “União estável. Reconhecimento. Prazo. Lei nº 8.971/94. 1.O prazo de cinco anos a que se refere o art. 1o da Lei nº 8.971/94 está confinado aos benefícios da Lei nº 5.478/68 e aos direitos sucessórios, não condicionando o conceito de união estável, que já na Lei nº 9.278/96 está apresentado como *“convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher estabelecida com objetivo de constituição de família”*. 2 .Recurso especial não conhecido.”

Até 05 de maio de 2011 para ter o reconhecimento da união estável era necessário que a entidade familiar fosse composta por um homem e uma mulher. Após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 pelo STF, passou-se a interpretar que a união estável poderia ser composta por pessoas de mesmo gênero. O voto do ministro Ayres Britto, relator das duas ações, foi no sentido de dar interpretação ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002 conforme a Constituição de 1988, com o intuito de excluir qualquer interpretação do referido artigo que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo gênero. Qualquer interpretação que impeça o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar colide frontalmente com o disposto no inciso IV, do art. 3º da CF/88, o qual estabelece que um dos objetivos fundamentais da República é promover o bem de todos, sem preconceito quanto à origem, sexo, raça, cor ou qualquer outra forma de discriminação.

Ao proferir tal decisão, o STF declarou expressamente que o reconhecimento da união estável homoafetiva deve seguir as mesmas regras e possuir as mesmas consequências da união estável entre homem e mulher. O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar e determina que a lei facilite sua conversão em casamento. Diante disso, não há razão para que se impeça que a união estável entre pessoas de mesmo gênero seja convertida em casamento. Com base nesse pensamento, diversos casais homoafetivos requereram a conversão de suas uniões estáveis em casamento.

O STJ no julgamento do RESP 1.183.378-RS reconheceu o direito a um casal homossexual a requerer a habilitação direta para o casamento. Em virtude disso, alguns Estados sentiram a necessidade de uniformizar o entendimento a respeito do tema e editaram provimentos sobre o assunto. Entretanto, alguns

Estados editaram provimentos mantendo a desigualdade de tratamento entre relações homoafetivas e heteroafetivas.

A fim de acabar com essa desigualdade de tratamento e com as decisões que insistiam em discriminar as uniões homoafetivas, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, autorizando o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja por habilitação direta ou conversão de união estável.

Portanto, diante da recente mutação constitucional a respeito da união estável, os únicos requisitos para o reconhecimento da união estável são a convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família, não sendo mais exigido que a mesma seja composta por um homem e uma mulher.

## **2.2. A proteção sucessória do companheiro nas Leis 8.971/94 e 9.278/96**

A Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, foi a primeira a regular os direitos sucessórios e alimentícios dos companheiros.

O referido diploma legal, no inciso I de seu artigo 2º concedia ao companheiro sobrevivente o usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, quando houvessem filhos comuns ou apenas do de cujus e enquanto o companheiro sobrevivente não constituísse nova união. Já o inciso II do mesmo artigo estabelecia que quando não houvessem descendentes, porém, ainda existissem ascendentes do de cujus, o companheiro sobrevivente teria direito à metade dos bens do acervo hereditário, enquanto não contraísse nova união. Não havendo descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente herdaria a totalidade da herança, conforme dispõe o inciso III do artigo 2º da Lei 8.971/94.

O art. 3º da Lei 8.971/94 previa como regra de divisão patrimonial a separação de bens com comunhão daqueles adquiridos pelo esforço comum.

De acordo com o artigo 1º, para ter direito à sucessão e aos alimentos previstos na referida lei era exigido o estado de viúvo, solteiro, separado judicialmente ou divorciado e possuir pelo menos 5 anos de convivência. O prazo mínimo de 5 anos de convivência poderia ser reduzido quando houvesse filhos comuns.

Posteriormente, a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, concedeu ao companheiro sobrevivente, em seu artigo 7º, parágrafo único, o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, enquanto este viver ou não constituir nova união. O artigo 5º do referido diploma legal previu como regra de divisão patrimonial que os bens adquiridos onerosamente durante a união estável pertenciam a ambos os conviventes em partes iguais e em condomínio, por serem fruto do trabalho e da colaboração de ambos os conviventes. A presunção de que tais bens foram adquiridos por esforço comum, no entanto, poderia ser afastada, não havendo, neste caso, comunicação patrimonial entre os conviventes. No entanto, com base no § 1º do referido dispositivo, não haveria tal presunção quando a aquisição patrimonial ocorresse com o produto de bens adquiridos antes do início da união estável.

A Lei 9.278/96 não exigia dos companheiros o estado de solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados, nem um prazo para constituição da união estável. A única exigência da referida lei, conforme estabelecia seu artigo 1º, era de que houvesse uma convivência pública, duradoura e contínua entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família.

Diante da existência destas duas previsões legislativas regulando a mesma matéria, começaram a surgir inúmeras controvérsias. Questiona-se se a Lei 9.278/96 revogou total ou parcialmente a Lei 8.971/94 ou se ambas coexistem na íntegra. O entendimento que se revelou predominante, de acordo com Orlando Gomes, é de que para as uniões extintas antes de 10.5.1996, se aplicariam as regras contidas na Lei nº 8.971/94 e para as que se encerraram após essa data deveria se conjugar as regras contidas nas duas legislações, já que ambas continuaram em vigor sem que uma revogasse a outra por inteiro. Diante disso, só haverá revogação implícita dos dispositivos da Lei nº 8.971/94 cuja matéria tiver sido tratada de forma diferente pela Lei nº 9.278/96.<sup>41</sup>

Portanto, o entendimento adotado é de que a Lei 9.278/96 apenas derogou a Lei 8.971/94, mantendo-se da lei anterior o que não for incompatível com a lei posterior<sup>42</sup>.

Diante da revogação do art. 1º da Lei 8.971/94 pela Lei 9.278/96, para a constituição da união estável não era mais exigido um prazo mínimo para a convivência e nem que os companheiros estivessem solteiros, divorciados, separados judicialmente ou viúvos, de modo que uma pessoa casada, porém separada de fato, poderia constituir união estável. Com isso, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, regulando a matéria, foi o art. 1º da Lei 9.278/96 que estabeleceu as principais regras para o reconhecimento da união

---

<sup>41</sup> GOMES, Orlando, Op. Cit., p.64.

<sup>42</sup>NEVARES, Ana Luiza Maia, *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*, Ed. Renovar, 2004. Nesse sentido: STJ, RESP 418.365 - SP, Recurso Especial nº 2002/0025728-2, Terceira Turma, Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 21/11/2002 e publicado em 28/04/2003. Ementa: “União estável. Direito da companheira à herança. Lei nº 8.971/94. Lei nº 9.278/96. 1. O advento da Lei nº 9.278/96 não revogou o art. 2º da Lei nº 8.971/94, que regulou o direito da companheira à herança de seu falecido companheiro, reconhecida a união estável. 2. Recurso especial conhecido e provido.” STJ, RESP 747.619 – SP, Recurso Especial nº 2005/0074381-8, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado em 07/06/2005 e publicado em 01/07/2005. Ementa: “União estável. Direito da companheira à herança. Lei nº 8.971/94. Lei nº 9.278/96. 1. O advento da Lei nº 9.278/96 não revogou o art. 2º da Lei nº 8.971/94, que regulou o direito da companheira à herança de seu falecido companheiro, reconhecida a união estável. 2. Recurso especial conhecido e provido.”

estável e como consequência, a atribuição de direitos sucessórios aos companheiros.

Portanto, de acordo com o estabelecido na Lei 9.278/96, a união estável era configurada a partir de uma união contínua, duradoura e pública, entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituir família. O requisito da fidelidade também deve ser levado em conta, já que nosso ordenamento jurídico adota o princípio da monogamia, apesar de haver autores que defendam as famílias simultâneas.

Em relação à necessidade de coabitação, há divergências em virtude do estabelecido na Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal. Alguns doutrinadores exigem a coabitação para que seja configurada a união estável, exceto quando houver justificativa para a diversidade de domicílios.

Já em relação à regra de divisão patrimonial, entende-se que o art. 5º da Lei 9.278/96 revogou o art. 3º da Lei 8.971/94. Na lei 8.971/94 havia a presunção da separação de bens entre os companheiros, salvo se houvesse prova da colaboração comum. Já na Lei 9.278/96, a presunção era no sentido da comunicação dos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável, que poderia ser afastada se fosse provado que tais bens não eram fruto do esforço comum ou que a aquisição resultou do produto de bens já pertencentes aos companheiros antes da vigência da união estável.

Quanto aos direitos sucessórios, o entendimento é de que a Lei 8.971/94 não foi revogada pela Lei 9.278/96, ou seja, tanto o direito ao usufruto legal e à totalidade da herança do companheiro sobrevivente previstos na Lei 8.971/94, quanto o direito real de habitação ao imóvel destinado à residência da família previsto na Lei 9.278/96, foram mantidos no ordenamento jurídico pátrio.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 138 e 139.

Segundo Zeno Veloso, “o legislador definiu o direito sucessório entre companheiros à imagem e semelhança do direito sucessório entre cônjuges.”<sup>44</sup> Entretanto, apesar de o companheiro sobrevivente, assim como o cônjuge supérstite, suceder em propriedade, usufruto e habitação, havia uma diferença entre as regras do Código Civil de 1916 que disciplinavam a sucessão no casamento e as regras estabelecidas pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, que regulavam a sucessão na união estável: enquanto o companheiro poderia cumular os benefícios do usufruto vidual e do direito real de habitação, ao cônjuge supérstite só seria concedido um benefício ou outro, não podendo cumular os dois, dependendo do regime de bens do casamento, conforme dispunha os parágrafos 1º e 2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916.

Zeno Veloso se manifestou quanto à essa diferença de tratamento dada pela legislação, em que o companheiro ficou em condição mais favorável que o cônjuge:

“não posso deixar de registrar (como já fiz em outra ocasião) que o usufruto legal e o direito real de habitação foram concedidos aos companheiros com maior amplitude, sem os requisitos e restrições com que foram conferidos aos cônjuges, sendo estes tratados, afinal, de forma menos liberal e benevolente, e isto, sem dúvida, é inadmissível.”<sup>45</sup>

### **2.2.1. O companheiro como herdeiro único**

O inciso III, do art. 2º da Lei 8.971/94 alterou a vocação hereditária do art. 1.603 do Código Civil de 1916, passando a prever que o companheiro, assim como o cônjuge, teria direito à totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 245.

<sup>45</sup> Ibid., p. 246.

<sup>46</sup> Nesse sentido: STJ, RESP 704.637 – RJ, Recurso Especial 2004/0166650-8, Quarta Turma, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 17/03/2011 e publicado em 22/03/2011. Ementa: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO SUPERVENIENTE. INCIDÊNCIA DO ART. 462 DO CPC. POSSIBILIDADE. ART. 2º, INCISO III, DA LEI N.º 8.971/94. AUSÊNCIA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES DO DE CUJUS .

É necessário esclarecer que o fato de o companheiro sobrevivente ter direito à totalidade da herança não significa que ele herdará todos os bens do de cujus. O de cujus poderá dispor de metade de seu patrimônio em vida, através de testamento, de modo a não atingir apenas a outra metade intangível, que configura a legítima.

Tal disposição também gera indagações se o companheiro teria sido elevado à condição de herdeiro necessário, haja vista que não há na Lei 8.971/94 nenhum dispositivo que permita a exclusão do companheiro da sucessão, como fazia o art. 1.725 do Código Civil de 1916, ao permitir a exclusão do cônjuge e dos colaterais da sucessão. Diante disso, na ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da legítima, não podendo ser privado de tal direito através de testamento.<sup>47</sup>

Sendo o companheiro herdeiro necessário, poderá ser excluído da sucessão em virtude de indignidade ou de deserdação, sendo esta ordenada pelo testador por uma das causas que autorizam a primeira (art. 1.741 do Código Civil de 1916 e art. 1.961 do Código Civil de 2002).

---

COMPANHEIRO. TOTALIDADE DA HERANÇA. 1. O art. 462 do CPC permite, tanto ao Juízo singular como ao Tribunal, a análise de circunstâncias outras que, devido a sua implementação tardia, não eram passíveis de resenha inicial. 2. Tal diretriz deve ser observada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o art. 462 não possui aplicação restrita às instâncias ordinárias, conforme precedentes da Casa. 3. Havendo reconhecimento de união estável e inexistência de ascendentes ou descendentes do falecido, à sucessão aberta em 28.02.2000, antes do Código Civil de 2002, aplica-se o disposto no art. 2o, inciso III, da Lei n.o 8.971/94, circunstância que garante ao companheiro a totalidade da herança e afasta a participação de colaterais do de cujus no inventário. 4. Recurso especial conhecido e provido.”

<sup>47</sup> Entretanto, o STJ manifestou entendimento em sentido contrário, entendendo que o de cujus poderia dispor livremente de todos os seus bens através de testamento quando não houvesse ascendentes ou descendentes, por considerar que o companheiro não é herdeiro necessário: STJ, RESP 191.393 – SP, Recurso Especial 1998/0075312-5, Terceira Turma, Ministro Relator Waldemar Zveiter, julgado em 20/08/2001 e publicado em 29/10/2001. Ementa: “CIVIL. TESTAMENTO. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes) , o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o direito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira.”

### 2.2.2. O companheiro como usufrutuário

Na hipótese de o de cujus deixar descendentes, caberá ao companheiro o usufruto de um quarto dos bens do acervo hereditário, enquanto não constituir nova união. O §1º do art. 1.611 do Código Civil de 1916 e o inciso I, do art. 2º, da Lei 8.971/94 devem ser interpretados extensivamente em relação à expressão “filhos”, de modo que o termo “filhos” seja entendido como descendentes.

O companheiro terá direito ao usufruto de metade dos bens do acervo patrimonial quando o de cujus deixar apenas ascendentes. Neste caso, o usufruto também perdurará enquanto o companheiro supérstite não constituir nova união, de acordo com inciso II do art. 2º da Lei 8.971/94.

Diante disso, a doutrina criticou a Lei 8.971/94 por ter estabelecido mais benefícios para os companheiros do que aos cônjuges. No entanto, no que se refere ao usufruto, os companheiros possuirão situação mais privilegiada apenas em relação aos cônjuges casados sob o regime de comunhão universal de bens, haja vista que os cônjuges casados sob esse regime de bens não possuem direito ao usufruto vidual, enquanto os companheiros teriam tal benefício qualquer que fosse a relação patrimonial adotada entre eles, de acordo com a Lei 8.971/94.

Valem para a união estável as mesmas interpretações quanto ao usufruto vidual estabelecido pelo § 1º, do art. 1.611 do Código Civil de 1916<sup>48</sup>. Portanto, tal benefício, assim como o concedido ao cônjuge supérstite, não pode ser afastado por testamento, a não ser em casos de deserção, ordenada por uma das causas que autorizam a indignidade.

---

<sup>48</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 146.

O usufruto legal concedido ao companheiro também possui a natureza de direito real, assim como o usufruto conferido ao cônjuge supérstite.

### **2.2.3. O companheiro e o direito real de habitação**

O direito real de habitação do companheiro, relativo ao imóvel destinado à residência familiar, foi instituído pela Lei 9.278/96 em seu art. 7º, parágrafo único. Da mesma forma que o usufruto, este benefício só vigora enquanto o companheiro sobrevivente não constituir nova união.

Parte da doutrina e da jurisprudência entendeu que tal dispositivo revogou o art. 2º da Lei 8.971/94, de forma a limitar a sucessão dos companheiros apenas ao direito real de habitação. Já outra corrente entende que tal direito seria inconstitucional, pois ao conceder ao companheiro o direito real de habitação, o usufruto vidual ou parte da herança, os conviventes teriam mais direitos do que os cônjuges casados nos regimes de comunhão parcial ou separação de bens, quando é conferido apenas o usufruto vidual ou parte da propriedade da herança. Para esta corrente, devido ao fato do casamento ter precedido à união estável constitucionalmente, atribuir mais direitos aos companheiros em relação aos cônjuges seria inconstitucional.

Ainda há uma terceira corrente que entende que o benefício do direito real de habitação deve ser estendido aos cônjuges, independentemente do regime de bens, sob o argumento de que o casamento seria uma entidade familiar superior hierarquicamente à união estável. De acordo com esta linha de pensamento, todos os benefícios concedidos aos que viviam em união estável deveriam ser estendidos aos cônjuges.

Uma quarta corrente considera que há uma incompatibilidade entre o usufruto legal concedido ao companheiro e o direito real de habitação, em virtude do fato de ambos serem direitos reais limitados sobre coisa alheia, não

havendo possibilidade de coexistência dos dois sobre um mesmo patrimônio pois um anularia o outro.

Ana Luiza Maia Nevares entende que não haveria incompatibilidade entre o usufruto e o direito real de habitação. De acordo com a autora, o usufruto seria um direito real que abrange a habitação<sup>49</sup>. Em virtude disto, a autora afirma:

“nada impede que o companheiro sobrevivente tenha o usufruto da quarta parte, ou metade, dos bens hereditários e, ainda, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, que deverá integrar a quota recebida em usufruto”.<sup>50</sup>

Diante disso, em relação aos direitos sucessórios dos companheiros, a entende-se que a Lei 8.971/94 não foi revogada pela Lei 9.278/96, sendo possível a coexistência de ambas as leis.

A Lei 9.278/96 não exigia a existência de apenas um imóvel residencial no monte para que fosse concedido o direito real de habitação. Quando existissem apenas bens particulares do autor da herança, não importaria o número de imóveis residenciais existentes no acervo patrimonial do de cujus, seria necessário que incidisse o direito real de habitação do companheiro sobre o imóvel destinado à residência da família. Se houvesse a exigência de existir apenas um imóvel residencial a inventariar, o companheiro poderia ser obrigado a se retirar de sua casa quando houvesse apenas bens particulares do autor da herança no monte.

Para Ana Luiza Maia Nevares, a melhor forma de regular o direito real de habitação seria concedê-lo sobre o imóvel destinado à residência da família, quando houvesse bens imóveis comuns entre os consortes, desde que este fosse o único desta natureza a inventariar. Na hipótese de não haver imóveis comuns entre os companheiros, o direito real de habitação deveria incidir sobre o

---

<sup>49</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 151.

<sup>50</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 152.

imóvel destinado à residência da família, não importando quantos imóveis desta natureza existissem no acervo hereditário. No entanto, seria necessário que o imóvel pertencesse ao autor da herança e estivesse destinado à residência da família no momento da morte.<sup>51</sup>

O direito real de habitação é vitalício ou enquanto o companheiro sobrevivente não constituir nova união estável ou casamento. O direito real de habitação concedido ao companheiro é ainda, renunciável, por se tratar de um direito sucessório. Além disso, tal direito se extingue pelas mesmas hipóteses de extinção do usufruto (art. 748 do CC/16 e art. 1.416 do CC/02).

### **2.3. A tutela sucessória do companheiro no Código Civil de 2002**

O Código Civil de 2002 regulou a disciplina da sucessão dos companheiros no artigo 1.790. Uma primeira crítica ao tratamento dado pelo legislador à sucessão do companheiro se refere ao fato de que o artigo que disciplina tal matéria se encontra no Capítulo referente às Disposições Gerais do Direito das Sucessões, ao invés de incluí-lo no capítulo da ordem da vocação hereditária, onde se encontra regulada a sucessão dos cônjuges. Este erro de sistematização ocorreu devido ao fato de o tratamento relativo à união estável ter sido incluído no Código Civil de 2002 nos últimos momentos de sua elaboração. Como o companheiro não foi incluído na ordem de vocação hereditária, ele é tratado como herdeiro especial.<sup>52</sup>

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o artigo 1.790 que trata da sucessão dos conviventes, é inconstitucional<sup>53</sup>, já que não reflete os valores

---

<sup>51</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 155.

<sup>52</sup> TARTUCE, Flávio, *A sucessão do companheiro*. O polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais, p.1.

<sup>53</sup> São recorrentes no STJ as arguições de inconstitucionalidade referentes ao art. 1.790 do Código Civil de 2002, tais como: STJ, RESP 1.291.636 – DF, Recurso Especial nº 2011/0266816-9, Quarta Turma, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 11/06/2013 e publicado em 11/06/2013. Ementa: “RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME SUCESSÓRIO. ART. 1.790, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Preenchidos os

constitucionais na medida em que a união estável já é concebida como entidade familiar e, portanto, equiparada ao casamento; além do fato de que sua aplicação tem trazido insegurança jurídica, pois permite que existam diferentes decisões para situações fáticas iguais.<sup>54</sup>

No mesmo sentido leciona Gustavo Tepedino, que afirma que “o art. 1.790 do Código Civil, por estabelecer discrimen injustificado em desfavor do companheiro na sucessão hereditária em cotejo com o cônjuge, deve ser considerado inconstitucional.”<sup>55</sup>

Já para Zeno Veloso, o art. 1.790 do Código Civil de 2002 é “deficiente e falho em substância”<sup>56</sup>, por configurar um retrocesso à regulamentação dos direitos sucessórios dos companheiros, colocando os companheiros em situação inferior em relação àqueles que se uniram pelo casamento.

No mesmo sentido leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o qual entende que o art. 1.790 do Código Civil de 2002 é tanto formalmente inconstitucional:

“A redação do art. 1.790, CC, resultou de mudança feita no âmbito da Câmara dos Deputados (na condição de Casa Revisora das Emendas senatoriais), e é certo que houve excesso na alteração da redação, porquanto não houve qualquer legislação no período de 1975 a 2001 que tenha estabelecido que somente haveria direito sucessório de propriedade em favor do companheiro supérstite relativamente aos bens adquiridos na constância do companheirismo. Desse modo, por haverem sido extrapolados os limites da autorização concedida pela Resolução CN 1/2000, é

---

requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade do art. 1.790, caput, do Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria.” e STJ, RESP 1.135.354 – PB, Recurso Especial nº 2009/0160051-5, Quarta Turma, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 21/05/2011 e publicado em 02/06/2011. 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.”

<sup>54</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências*. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (coord.), *Direito de Família e das sucessões – Temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. P. 455.

<sup>55</sup> TEPEDINO, Gustavo, Op. Cit., p. 157.

<sup>56</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 250.

oportuno considerar a presença de inconstitucionalidade formal (e parcial) do art. 1.790, CC, quanto à referência “aos bens adquiridos na vigência da união estável.”<sup>57</sup>

Para Guilherme Calmon Nogueira Gama, o art. 1.790 do Código Civil de 2002 também seria materialmente inconstitucional, pois, ao invés de concretizar o estabelecido no § 3º do art. 226 da CRFB/88, tutelando a família fundada na união estável, o legislador do Código Civil de 2002 retirou direitos dos companheiros anteriormente previstos na legislação.<sup>58</sup>

Desde a edição das Leis 8.971/94 e 9.278/96, a sucessão do companheiro vinha sendo regulada de forma equiparada à do cônjuge, dando efetividade à norma constitucional do art. 226 caput e parágrafo terceiro. Entretanto, com o advento do Código Civil de 2002, observou-se um retrocesso no que se refere ao tratamento dado à sucessão dos companheiros.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka pondera:

“o que quis, sem sombra de dúvida, o legislador constitucional foi equalizar o casamento e a união estável, emparelhando cônjuges e companheiros numa mesma linha de proteção pelo Estado, eis que tanto uma situação como a outra se desenham constitucionalmente como entidades familiares.”<sup>59</sup>

O Código Civil de 2002 é omissivo no que se refere à quais regras sucessórias adotar quando os companheiros adotarem regime de bens diverso da comunhão parcial. De acordo com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, aplica-se à união estável, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Porém, o referido diploma legal não dispõe sobre quais regras devem ser adotadas na sucessão dos companheiros quando estes adotarem regime de bens diverso da comunhão parcial. Com isso, a melhor alternativa é aplicar o art. 1.790 a todos os companheiros independente do regime de bens que os mesmos adotarem. Ou seja, diferentemente dos cônjuges, na sucessão dos

---

<sup>57</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, Op. Cit., p. 26.

<sup>58</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, Op. Cit., p. 27.

<sup>59</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. Cit., p.456.

companheiros não importa o sistema patrimonial adotado, as regras de sucessão sempre serão as mesmas.<sup>60</sup>

Orlando Gomes afirma que “o contrato regulando a divisão do patrimônio não tem força para excluir o companheiro sobrevivente de participar como herdeiro dos aquestos, o que só poderá ser feito através de ato de disposição de última vontade.”<sup>61</sup>

O Código Civil de 2002 não consagra expressamente o direito real de habitação do companheiro relativamente ao imóvel que servia de residência ao casal. Apesar da omissão do legislador, prevalece o entendimento pela manutenção de tal direito. Nesse sentido dispõe o Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ: “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”. O entendimento do STJ é de que tal direito deve

---

<sup>60</sup> Nesse sentido: STJ, RESP 1.090.722 – SP, Recurso Especial nº 2008/0207350-2, Terceira Turma, Ministro Relator Massami Uyeda, julgado em 02/03/2010 e publicado em 30/08/2010. Ementa: RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTEES, 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.”

<sup>61</sup> GOMES, Orlando. Op. Cit.. p. 67.

ser mantido. Nesse sentido, o STJ já decidiu que, apesar da omissão do Código Civil de 2002 quanto ao direito real de habitação do companheiro, o mesmo terá direito ao benefício. O STJ entende que se o direito real de habitação é garantido ao cônjuge pelo art. 1.831 do Código Civil de 2002, também deverá ser concedido ao companheiro, haja vista que não deve haver diferenças na tutela sucessória concedida ao cônjuge e ao companheiro.<sup>62</sup>

O STJ também já concedeu o direito real de habitação à companheira fundamentando que o art. 7º da Lei 9.278/96 não teria sido revogado pelo Código Civil de 2002 e que seria, portanto, aplicável.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Nesse sentido: STJ, RESP 1.329.993 – RS, Recurso Especial nº 2010/0222236-3, Quarta Turma, Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 17/12/2013 e publicado em 18/03/2014. Ementa: “DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. 2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico. 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido. 5. O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do *de cuius*, como é o caso. 6. Recurso especial não provido.”

<sup>63</sup> Nesse sentido: STJ, RESP 1.156.744 – MG, Recurso Especial nº 2009/0175897-8, Quarta Turma, Ministro Relator Marco Buzzi, julgado em 09/10/2012 e publicado em 18/10/2012. Ementa: “DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO. 1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012. 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, *caput*, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro

### **2.3.1. Concorrência com descendentes comuns e não comuns**

O inciso I do art. 1.790 do Código Civil de 2002 estabelece que, na quando concorrer com filhos comuns, caberá ao companheiro uma quota equivalente à atribuída aos filhos por lei. Já o inciso II do referido artigo determina que na hipótese de concorrer com descendentes apenas do autor da herança, caberá ao convivente supérstite a metade do que couber a cada um dos descendentes. Há um equívoco na redação dos incisos, haja vista que o primeiro utiliza a expressão “filhos”; enquanto que o segundo utiliza a expressão “descendentes”. Neste caso, entende-se que o inciso I também se refere aos descendentes do falecido. Nesse sentido, o Enunciado nº 266, da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, dispõe o seguinte: “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”.

No entanto, não há previsão para a hipótese de sucessão híbrida, ou seja, quando o companheiro concorre com descendentes comuns e não comuns ao mesmo tempo. Para Ana Luiza Maia Nevares, a interpretação que deve prevalecer é a no sentido de aplicar o disposto no inciso I, dividindo-se a herança em partes iguais, com base no princípio da igualdade entre os filhos. Segundo a autora, desta forma “equipara o tratamento sucessório quanto aos descendentes do autor da herança, privilegiando a união estável.”<sup>64</sup> O art. 227, em seu § 6º, da CF/88 estabelece que não se pode distinguir descendentes na sucessão hereditária, portanto, só seria atribuído quinhão dobrado aos descendentes quando estes forem apenas do autor da herança.

---

sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. 4. Recurso improvido.”

<sup>64</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 173 e 174.

Este também é o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o qual afirma:

“o companheiro tem direito à quota equivalente à quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho do falecido, ainda que alguns deles fossem apenas do ex-companheiro. A única hipótese de diminuição à metade da quota de filho do falecido seria no caso de o falecido somente ter deixado filhos próprios dele, e não ter gerado prole comum com o companheiro sobrevivente.”<sup>65</sup>

Para Orlando Gomes<sup>66</sup>, na hipótese de prole mista, deve-se aplicar o disposto no inciso III do artigo 1.790, que dispõe que na concorrência com outros parentes sucessíveis, caberá ao companheiro um terço da herança. De acordo com o autor, em virtude do dispositivo tratar das hipóteses em que o companheiro concorre com outros parentes sucessíveis, poderia abarcar as situações que não foram previstas pelo legislador.

Entretanto, o entendimento de Flávio Tartuce<sup>67</sup> é de que na hipótese de sucessão híbrida, deve-se aplicar o inciso II do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem apenas do autor da herança. A justificativa para a aplicação do inciso II é de que como se trata da sucessão do falecido, dos bens por ele deixados, em caso de dúvida decorrente de omissão legislativa, deve-se tratar os descendentes como sendo dele, do falecido.

### **2.3.2. Concorrência com outros parentes sucessíveis**

De acordo com o inciso III do art. 1.790 do Código Civil de 2002, caberá ao companheiro um terço da herança quando concorrer com outros parentes sucessíveis. Deste modo, havendo ascendentes ou colaterais até o quarto grau, a herança deverá ser dividida em três partes, sendo um terço destinado ao companheiro e os outros dois terços divididos entre os demais parentes.

---

<sup>65</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, Op. Cit., 323 p.

<sup>66</sup> GOMES, Orlando, Op. Cit., p.68.

<sup>67</sup> TARTUCE, Flávio, Op. Cit., p. 4.

Maria Berenice Dias afirma que, neste caso, o direito sucessório do companheiro não é calculado apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, mas sobre a totalidade da herança.<sup>68</sup>

Guilherme Calmon Nogueira da Gama diverge do entendimento de Maria Berenice Dias, afirmando que todos os incisos do art. 1.790 do Código Civil de 2002 estão vinculados ao caput do referido dispositivo, de modo que os direitos sucessórios do companheiro restringem-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.<sup>69</sup>

Flávio Tartuce<sup>70</sup> entende que tal dispositivo é inconstitucional, pois coloca o companheiro em possível desfavorável em relação a parentes distantes, com os quais, em muitos casos, o de cujus possuía pouco contato.

Zeno Veloso também critica intensamente o referido dispositivo:

“Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). E o novo Código Civil brasileiro, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do de cujus.”<sup>71</sup>

O autor completa:

“Sem dúvida, neste ponto, o novo Código Civil não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo animus de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária.”<sup>72</sup>

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já julgou procedente arguições de inconstitucionalidade que tinham como objeto

---

<sup>68</sup>DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 8ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 182 e 183.

<sup>69</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, Op. Cit., p. 28.

<sup>70</sup>TARTUCE, Flávio, Op. Cit., p. 5.

<sup>71</sup>VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 254.

<sup>72</sup>VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 255.

o inciso III do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 por entender que este viola a dignidade humana, a isonomia entre cônjuges e companheiros estabelecida pela Constituição Federal, a união estável como entidade familiar consagrada pela Constituição Federal e por significar um retrocesso quanto aos direitos reconhecidos em favor da união estável.<sup>73</sup>

O STJ em acórdão de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu cabível o incidente de inconstitucionalidade em face dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil de 2002 em virtude do intenso debate na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, submetendo a matéria à apreciação da Corte Especial do Tribunal.<sup>74</sup>

Existe a possibilidade de cônjuge e companheiro concorrerem quanto à herança do de cujus, já que o Código Civil de 2002, no § 1º de seu art. 1.723, admite que o cônjuge separado de fato venha a contrair união estável. Neste caso, quem possui direito à herança dos bens do falecido, o companheiro ou o cônjuge? O legislador é omissos quanto à esta hipótese, porém, o entendimento

---

<sup>73</sup> Nesse sentido: TJRJ, Órgão Especial, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000., Relator Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto, 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, julgado em 11/06/2012. Ementa: “Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226 §3º). Enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida. Procedência do incidente.” TJRJ, Órgão Especial, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000., Relator Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, julgado em 06/08/2012. Ementa: “Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a “nova família”. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos. Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário.”

<sup>74</sup> STJ, AI no Recurso Especial nº 1.135.354 – PB (2009/0160051-5), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/05/2011 e publicado em 02/06/2011. 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.

de Flávio Tartuce é de que “considerando-se toda a orientação jurisprudencial no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime de bens, o patrimônio do falecido deve ser dividido em dois montes. O primeiro monte é composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento. Sobre tais bens, somente o cônjuge tem direito de herança. A segunda massa de bens é constituída pelos bens adquiridos durante a união estável. Quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união, a companheira terá direito à herança. Em relação aos bens adquiridos a outro título durante a união estável, o cônjuge terá direito à herança”.<sup>75</sup>

### **2.3.3. Direito à totalidade da herança do companheiro**

O inciso IV do art. 1.790 do Código Civil de 2002 confere ao companheiro o direito à totalidade da herança quando não existirem parentes sucessíveis. No entanto, a expressão “totalidade da herança” se refere apenas a parte que o companheiro possui direito a suceder, ou seja, os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Gustavo Tepedino critica o fato de a base de cálculo da sucessão do companheiro limitar-se aos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, pois, segundo o autor, a diferenciação entre cônjuge e companheiro violam o princípio da isonomia.<sup>76</sup>

O caput do art. 1.790 do Código Civil de 2002 estabelece que os direitos sucessórios do companheiro são restritos à massa de bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Em virtude disto, quando o inciso IV do art. 1.790 do Código Civil de 2002 afirma que o companheiro terá direito à “totalidade da herança”, Zeno Veloso afirma que ainda neste caso ele só terá direito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, e não à todos os bens que compõem o acervo patrimonial do de cujus. Segundo

---

<sup>75</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. Vol. 6. Direito das Sucessões. São Paulo: GEN/Método, 3ª Edição, 2010, p. 248-249 *apud* TARTUCE, Flávio, Op. Cit., p. 10.

<sup>76</sup> TEPEDINO, Gustavo, Op. Cit., p. 156.

entendimento do referido autor, não havendo parentes sucessíveis, os bens adquiridos anteriormente à união estável ou adquiridos na vigência da união estável a título gratuito, serão entregues ao Município ou ao Distrito Federal, quando localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando localizada em território federal, conforme determina o art. 1.844 do Código Civil de 2002.<sup>77</sup>

De acordo com Zeno Veloso, os incisos do art. 1.790 devem ser interpretados levando-se em conta o que está disposto no caput do referido artigo. Nesse sentido, o autor afirma:

“O operador do Direito tem de compreender a sucessão dos companheiros diante do comando imperativo, da regra geral do artigo 1.790, caput, que subordina todas as demais prescrições a respeito do tema. A não ser que, para escapar da esdrúxula e injusta solução do novo Código Civil, dê-se ao assunto um entendimento desborde da interpretação – mesmo construtiva -, que é admissível e até louvável, ingressando no campo da criação normativa, o que ao intérprete é vedado, ao próprio juiz é proibido, porque estará tomando o lugar e exercendo função do Legislativo, praticando um excesso, uma usurpação, um abuso de poder.”<sup>78</sup>

Existe, ainda, uma controvérsia referente aos bens adquiridos pelo companheiro a título gratuito, caso o falecido tenha deixado apenas bens recebidos a título gratuito e não tendo deixado descendentes, ascendentes ou colaterais, os bens caberiam ao companheiro ou ao Estado? De acordo com o entendimento de Flávio Tartuce, os bens devem ser destinados ao companheiro, em virtude do que dispõe no art. 1.844 do CC/2002, o qual estabelece que os bens deixados pelo de cujus somente serão destinados ao Estado caso o falecido não deixe cônjuge, *companheiro* ou outro herdeiro<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 251 e 252.

<sup>78</sup> Ibid., p. 252.

<sup>79</sup> TARTUCE, Flávio, Op. Cit., p. 2.

## **CAPÍTULO 3**

### **A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

#### **3.1. Hierarquia entre as entidades familiares no ordenamento jurídico brasileiro.**

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, estabeleceu mais de um modo de constituição da família: o casamento, a união estável e as comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental), concebendo o referido instituto de forma plural.

Diante das exigências de nossa sociedade atual, faz-se necessário que o ordenamento jurídico proteja às diversas formas de entidades familiares existentes. Caso assim não o fizesse, grande parte da população brasileira estaria desprotegida, já que a maior parte das relações existentes hoje em nosso país são informais, ou seja, não estão baseadas no matrimônio.

À medida em que outras formas de constituição de famílias foram sendo reconhecidas em nosso ordenamento jurídico, o casamento, aos poucos, perdeu a importância que tinha anteriormente. Entretanto, isso gerou questionamentos à respeito da supremacia do matrimônio em relação às demais entidades familiares, em especial a união estável, em virtude do disposto no § 3º, do art. 226 da Constituição Federal, que determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento.

A Constituição Federal de 1988 alterou, portanto, a concepção de família, passando a compreendê-la como um organismo social que deve ser protegido na medida em que promover o desenvolvimento de seus membros.

O Código Civil de 2002, no entanto, não seguiu as modificações realizadas na Constituição Federal no âmbito do Direito de Família, não concebendo a família como um organismo social merecedor de tutela na medida em que promove o desenvolvimento dos membros que a compõem. O referido diploma legal, portanto, não levou em conta o princípio da dignidade humana e o princípio da igualdade material, pois não tutelou as diferentes necessidades, interesses, condições econômicas e posições sociais de cada sujeito de direito.

O fato de o Código Civil de 2002 não ter adotado a perspectiva plural das entidades familiares presente na Constituição, concebendo apenas o matrimônio como núcleo legitimador da comunidade familiar, explica o tratamento inadequado e inferior dado à união estável, especialmente em relação à sucessão *causa mortis*. A respeito do tema, Gustavo Tepedino afirma que “a pluralidade e a igualdade das entidades familiares decorrem da tutela constitucional à dignidade da pessoa humana, que inadmite hierarquização entre os núcleos familiares. Recomenda-se, por isso, urgente reforma legislativa para a definitiva equiparação do companheiro ao cônjuge no âmbito da sucessão hereditária.”<sup>80</sup>

O art. 226, § 3º da CF, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, determina que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento. É este dispositivo que alimenta a tese de que o matrimônio é uma entidade familiar superior às outras existentes.

Conceber o casamento como entidade familiar hierarquicamente superior às demais é o mesmo que dizer que este deve ter proteção especial em relação às outras, de modo que os casados tenham mais direitos do que àqueles cujas entidades familiares foram constituídas de forma diversa. Além disso,

---

<sup>80</sup> TEPEDINO, Gustavo, Op. Cit., p. 157.

todos os direitos conferidos às outras entidades familiares também deveriam ser conferidos aos casados, pois estes não podem estar de modo algum em posição inferior às outras espécies de entidades familiares. Portanto, a superioridade do matrimônio significaria uma equiparação de direitos entre esse e as demais entidades familiares.

Como afirma a autora Ana Luiza Maia Nevares<sup>81</sup>, a hierarquia axiológica entre as entidades familiares é inconstitucional. De acordo com a autora não é possível dizer que o casamento é entidade familiar superior se todos os organismos sociais que constituem a família têm a mesma função de promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Segundo a autora “admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, simplesmente porque aquelas optaram por constituir uma família a partir da celebração do ato formal do matrimônio.”<sup>82</sup>

Priorizar uma entidade familiar em detrimento de outras viola o princípio constitucional da igualdade, pois estabelece privilégios à certos indivíduos em prejuízo de outros, injustificadamente. O cidadão deve ter liberdade para escolher a forma de constituição de família que achar mais conveniente e não ter seus direitos prejudicados em virtude de sua escolha.

No entanto, é evidente que cada entidade familiar possui suas próprias peculiaridades. Em virtude disso, em obediência ao princípio da igualdade material, as entidades familiares devem ter igual tratamento nos pontos em que se assemelham e tratamento desigual nos pontos em que estas se diferenciam.

---

<sup>81</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 200 e 201.

<sup>82</sup> Ibid., p. 201.

### 3.2. Desigualdades na tutela sucessória do cônjuge e do companheiro

A primeira diferença a ser observada quanto ao tratamento dado pelo Código Civil de 2002 à sucessão dos cônjuges e dos companheiros é que, enquanto a sucessão dos cônjuges está regulada no Capítulo I, referente à ordem de vocação hereditária, localizado no Título II, que regulamenta a sucessão legítima, do Livro V; a sucessão dos companheiros está regulada no Capítulo I do Título I do mesmo Livro V, que trata das disposições gerais das regras sucessórias.

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o dispositivo que trata da sucessão dos companheiros (art. 1.790, do CC/2002) deveria ter sido tratado, assim como a sucessão dos cônjuges, no capítulo referente à ordem de vocação hereditária e não no capítulo referente às disposições gerais. Diante disso, a autora afirma:

“a regra está topicamente mal colocada, uma vez que o direito sucessório do companheiro sobrevivente, de que cuida, encontra-se em completa desigualdade e desarmonia com o mesmo direito referente, agora, àqueles que se uniram pelos laços do matrimônio. Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situada no capítulo referente à ordem de vocação hereditária, no Título II do Livro V do Código Civil (que cuida da sucessão legítima) e não no título I deste mesmo Livro (que cuida da sucessão em geral), sob a égide do Capítulo I (que se refere a disposições gerais...)”<sup>83</sup>

Outro ponto a ser criticado em relação ao art. 1.790 do Código Civil de 2002 é no que diz respeito à limitação da herança dos companheiros aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Ao limitar a sucessão dos companheiros apenas aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, o legislador estabeleceu mais uma diferença de tratamento na sucessão dos cônjuges e dos companheiros, além de confundir herança com meação. Além disso, ao restringir a sucessão dos companheiros apenas à essa massa de bens, o legislador abriu espaço para que ocorressem injustiças, como no caso

---

<sup>83</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Op. Cit., p.458.

de, falecendo um dos companheiros e este não tendo deixado descendentes, ascendentes ou quaisquer outros parentes sucessíveis, e ainda não havendo bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, o companheiro não terá direito sucessório a receber.

Quanto à isso, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, afirma:

“Inicia-se mal desde o caput, porque confundindo, ao que parece, meação com herança, o legislador limitou o acervo patrimonial sobre o qual pode incidir o direito sucessório do companheiro sobrevivente à categoria dos bens que tenham sido onerosamente adquiridos na constância da união estável, vale dizer, os bens que conformam a meação do falecido, apenas. Completamente diferente da regra análoga, no que respeita aos direitos sucessórios do cônjuge... É muito difícil entender por que o tratamento distinto para situações constitucionalmente equalizadas, equiparadas, equilibradas. Incompreensível.”<sup>84</sup>

No mesmo sentido se manifesta Zeno Veloso:

“O meeiro já é dono de sua parte ideal antes da abertura da sucessão, por outro título. Trata-se de situação que decorre do Direito de Família, não do Direito das Sucessões. A meação do falecido é que vai ser objeto da sucessão, juntamente com outros bens, de propriedade exclusiva, se houver. Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro aos bens adquiridos pelo de cujus na vigência da união estável não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas.”<sup>85</sup>

Em virtude dessa limitação estabelecida pelo art. 1.790, o monte deverá ser dividido em duas partes: a formada por bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, que estará sujeita às regras estabelecidas no art. 1.790 do Código Civil de 2002, e aquela formada pelos demais bens, incluindo aqueles adquiridos a título gratuito, sobre a qual incidirá a norma do art. 1.829 e seguintes do referido diploma legal.

Com isso, no caso de alguém que só possua bens adquiridos antes da união estável ou bens adquiridos a título gratuito (herança ou doação), o companheiro não herdará nada. A herança, neste caso, seria destinada aos

---

<sup>84</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. Cit., p.459.

<sup>85</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 251.

outros parentes sucessíveis e na ausência de outros parentes sucessíveis ela seria decretada vacante e entregue ao Estado. Uma possível solução para este caso seria afastar a vacância com base no disposto no art. 1.844 do Código Civil de 2002, alegando que a herança só seria entregue ao Estado na hipótese de o companheiro do autor da herança não estar vivo.

Em casos como este, o companheiro sobrevivente corre o risco de ficar totalmente desprotegido após a morte de seu convivente, especialmente porque o Código Civil de 2002 não se manifesta quanto à concessão do direito real de habitação na sucessão daqueles que vivem em união estável.

Discute-se, ainda, se o companheiro é ou não herdeiro necessário dos bens deixados pelo de cujus, ou seja, se o testador poderia ou não dispor de todo o seu patrimônio sem contemplar o companheiro sobrevivente.

Sobre o tema, Zeno Velos leciona:

“Se o princípio da igualdade obriga a que se coloque no mesmo plano tanto a família constituída pelo casamento como a que decorre da convivência pública, contínua e duradoura; se o cônjuge é herdeiro, e herdeiro necessário, concorrendo, inclusive, com descendentes e ascendentes do falecido, como se pode admitir tamanha discriminação no tratamento conferido aos companheiros?”<sup>86</sup>

Há quem afirme que o legislador ao estabelecer no art. 1.845 do Código Civil de 2002 que apenas os descendentes, os ascendentes e o cônjuge seriam herdeiros necessários do autor da herança, tinha por objetivo excluir o companheiro desta categoria de herdeiro. Entretanto, apesar de o referido dispositivo não mencionar expressamente o companheiro, o art. 1.850 só permite que o testador exclua os colaterais da sucessão, não mencionando o companheiro sobrevivente.

Segundo o entendimento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o companheiro pode ser considerado herdeiro necessário, justamente em virtude

---

<sup>86</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 253.

do disposto do art. 1.850, o qual estabelece que somente é permitido que se exclua da sucessão, através do testamento, os parentes colaterais, não se referindo expressamente ao companheiro.<sup>87</sup>

É sabido que a união estável é uma entidade familiar que tem proteção expressamente prevista na Constituição, no § 3º de seu artigo 226. Esta proteção ao companheiro é concretizada em inúmeras normas, inclusive as que regulam a sucessão legítima.

Levando em conta que o afeto é o principal fator a ser considerado ao se interpretar as regras relativas às entidades familiares e às de sucessão e buscando concretizar o princípio norteador do nosso ordenamento jurídico, que é o da dignidade humana e considerando que a família é uma entidade que deve ser protegida na medida em que seja um espaço para o desenvolvimento de seus membros, conclui-se que a interpretação que mais se aproxima dos valores previstos pela Constituição Federal de 1988 é aquela que considera o companheiro herdeiro necessário nos termos estabelecidos pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002.

Sendo herdeiro necessário, o companheiro poderá ser deserdado pelas hipóteses do art. 1.961 do Código Civil de 2002 e terão que colacionar as doações recebidas em vida pelo de cujus, quando concorrer com descendentes, caso tais doações sejam provenientes de bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Este não é o entendimento de Zeno Veloso, que, apesar de entender que o companheiro deve possuir os mesmos direitos sucessórios que o cônjuge, afirma que de acordo com o Código Civil de 2002, o companheiro ocupa a posição de herdeiro facultativo:

---

<sup>87</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Op. Cit., p.460.

“As concepções atuais do povo a respeito da sociedade familiar, que a Constituição de 1988 reconheceu, avocou e subscreveu em normas de hierarquia máxima, não estão minimamente atendidas na acanhada posição a que o companheiro sobrevivente está relegado no novo Código Civil. Enquanto o cônjuge passou a ser considerado herdeiro necessário, e em situação privilegiada, o companheiro é considerado herdeiro facultativo, e em posição bisonha e tímida, muito inferior à que ocupa na legislação vigente.”<sup>88</sup>

Há ainda uma controvérsia quanto à manutenção do direito real de habitação concedido ao companheiro no parágrafo único, do art. 7º da Lei 9.278/96. Essa controvérsia existe, pois o Código Civil de 2002 foi omissivo quanto ao direito real de habitação concedido pela referida Lei, não regulando tal instituto. Já em relação ao cônjuge, o Código Civil de 2002 previu o benefício do direito real de habitação no art. 1.831 do referido diploma legal. Isso demonstra, mais uma vez, a preferência do legislador do Código Civil de 2002 pelo casamento em detrimento da união estável.

A respeito do tema, Giselda Maria Fernandes Hironaka afirma:

“Na verdade, esqueceu-se, o legislador infraconstitucional, de garantir o direito real de habitação relativo ao imóvel que servia de residência para a família, sendo o único desta natureza, à pessoa que vivia em união estável com outra, esta agora morta. Previu este direito apenas para aqueles que vivem sob a égide do casamento, conforme a regra do art. 1.831 do Código. Tudo depende de saber se o art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996, está ou não revogado.”<sup>89</sup>

Como forma de solução para a referida controvérsia, foi proposto por Ana Luiza Maia Nevares juntamente com os Professores Gustavo Tepedino e Guilherme Calmon Nogueira da Gama e aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, o enunciado nº 117, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça, o qual possuía a seguinte redação: Enunciado nº 117 – Art. 1.831: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter

---

<sup>88</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 254.

<sup>89</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Op. Cit., p.460.

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”.

O enunciado acima defende a aplicação analógica do art. 1.831 do Código Civil de 2002, que trata do direito real de habitação concedido aos cônjuges, à sucessão dos companheiros, de modo que o referido direito seja estendido aos companheiros, em virtude da união estável e do casamento estarem equiparadas neste ponto, devendo, portanto, ser protegidos da mesma forma.

Para Gustavo Tepedino, o direito real de habitação concedido ao companheiro pelo parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96 deve ser mantido, pois o referido dispositivo não foi expressamente revogado pelo Código Civil de 2002. O autor afirma que “no intuito de ampliar, em nome da isonomia constitucional, a proteção do companheiro, mostra-se legítima a manutenção do direito real de habitação, previsto pelo art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/1996, uma vez que o dispositivo não foi expressamente revogado pela Codificação de 2002, tendo ainda em conta a analogia com o art. 1.831 do Código Civil, que assegura tal direito ao cônjuge.”<sup>90</sup>

Em relação ao direito real de habitação aos companheiros, a exigência de que exista apenas um imóvel no monte só será cabível quando o companheiro for herdeiro em propriedade plena ou quando possuir a metade dos bens adquiridos durante a união estável. Se essa exigência fosse feita em todos os casos, haveria hipóteses em que o companheiro ficaria desprotegido, como quando ele não fosse herdeiro (se não houver bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, o cônjuge não herdará nada) e quando existirem apenas imóveis residenciais do autor da herança, que não tocam ao companheiro sobrevivente.

---

<sup>90</sup> TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit., p. 156 e 157.

Como dito anteriormente, o art. 1.829, inciso I, do Código Civil de 2002 estabeleceu que a tutela sucessória do cônjuge, quando concorrer com os descendentes do de cujus, dependerá do regime de bens adotado. Portanto, havendo descendentes, o cônjuge não herdará caso seja casado sob o regime da comunhão universal de bens ou sob o regime da separação obrigatória, ou se casado sob o regime da comunhão parcial de bens, o de cujus não houver deixado bens particulares. Já o art. 1.790 do Código Civil de 2002, em seu caput e incisos I e II, não estabeleceu nenhuma ressalva quanto ao regime de bens quando o companheiro concorre com descendentes do de cujus. Esta é mais uma diferença identificada na tutela sucessória do cônjuge e do companheiro em nosso ordenamento jurídico.

Enquanto o cônjuge, em concorrência com descendentes, só herdará quando o regime de bens for o da separação convencional ou o da comunhão parcial, caso o de cujus tenha deixado bens particulares. Além disso, quando adotado o regime da comunhão parcial, o cônjuge só concorrerá quanto aos bens particulares deixados pelo de cujus. Já em relação ao companheiro, as regras sucessórias serão as mesmas em qualquer regime de bens adotado pelos conviventes.

É recorrente na jurisprudência o debate acerca do fato de que o art. 1.790 do Código Civil de 2002 estabelece que o companheiro concorrerá com os descendentes do de cujus quanto aos bens adquiridos onerosamente durante toda a união estável, enquanto o art. 1.829, inciso I, do mesmo diploma legal, estabelece que o cônjuge concorrerá com os descendentes do de cujus apenas quanto aos bens particulares, quando for adotado o regime da comunhão parcial. Há quem defenda que neste caso o companheiro estaria em posição mais vantajosa em relação ao cônjuge e que isto não poderia ocorrer, em virtude da supremacia do casamento em relação à união estável, de acordo com estabelecido no § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Sobre este tema, no julgamento do RESP nº 1.117.563 - SP, o STJ entendeu que não seria possível dizer, levando em conta apenas as regras de sucessão, que o companheiro estaria em posição mais vantajosa que o cônjuge na concorrência com descendentes quando adotado o regime da comunhão parcial de bens. Em seu voto, a Ministra Relatora Nancy Andrichi afirma o seguinte:

“Em primeiro lugar, é importante ressaltar que não se pode dizer que há vantagem em um ou em outro regime familiar, tomando-se em consideração somente para as regras de sucessão legítima. Ainda que, em dados momentos, a regra de sucessão legítima seja mais vantajosa para o companheiro, isso não significa que o regime da União Estável seja necessariamente mais vantajoso que o casamento, do ponto de vista global. Há diversos benefícios conferidos pela lei ao casamento que não se estendem à união estável. Basta pensar, por exemplo, que a prova do casamento é direta, decorrendo meramente do registro (art. 1.543 do CC/02), ao passo que a união estável deve ser demonstrada caso a caso; que o cônjuge é herdeiro necessário, contando com a garantia da legítima que, em princípio, não assiste ao companheiro; que, protegendo o patrimônio do casal, a Lei condiciona à autorização do cônjuge a prática de determinados negócios jurídicos; que a ordem de vocação hereditária coloca o cônjuge antes dos colaterais na sucessão exclusiva; e assim por diante. Em segundo lugar, é muito difícil antecipar o quanto representariam essas vantagens, aferíveis, não no momento da sucessão, mas durante a relação mantida entre os cônjuges, na decisão de contrair ou não casamento. É temerário afirmar, apressadamente e com os olhos voltados apenas para uma situação pontual, que os arts. 1.790 e 1.829 podem tornar mais vantajoso viver sob o regime da união estável sob o regime do casamento. As variáveis são muito numerosas.”<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> STJ, RESP 1.117.563 – SP, Recurso Especial nº 2009/0009726-0, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrichi, julgado em 17/12/2009 e publicado em 06/04/2010. Ementa: “Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento.- O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do 'de cujus' que vivia em comunhão parcial com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência.- A regra do art. 1.829, I, do CC/02, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o 'de cujus' pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controversa na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o 'de cujus' tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares.- Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas

Não é possível, portanto, determinar que o companheiro estaria em condição mais vantajosa que o cônjuge na concorrência com descendentes no regime da comunhão parcial de bens. Isto porque cada patrimônio terá suas particularidades, ou seja, isto será observado caso a caso. Além disso, são concedidos benefícios e privilégios ao cônjuge que não são concedidos ao companheiro. Diante disto, não há como determinar quem estará em posição mais benéfica.

Outra diferença a ser apontada no tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro é a preferência dada ao cônjuge em relação ao companheiro, quando concorrer com descendentes comuns ou exclusivos. O art. 1.832, do Código Civil de 2002 estabelece que, quando concorrer com descendentes comuns, o cônjuge não pode receber quinhão inferior à quarta da herança. Quando concorrer com descendentes exclusivos do de cujus, o cônjuge terá direito à quinhão igual ao daqueles com quem concorrer. Já o companheiro, conforme estabelece o inciso I, do art. 1.790 do Código Civil de 2002, quando concorrer com descendentes comuns terá direito a quota igual à atribuída aos

---

para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil.- É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 defendidas pela doutrina, um quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espalha, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. - Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorreria à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02. - Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes. Recurso especial improvido.”

descendentes. Já o inciso II do art. 1.790 do Código Civil de 2002 estabelece que o companheiro, quando concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, terá direito à metade da quota atribuída aos descendentes.

O que se observa neste caso é a clara preferência do legislador pelo casamento, já que concedeu tratamento inferior ao companheiro, quando em concorrência com os descendentes ao que foi dado ao cônjuge, nas mesmas hipóteses.

Outro ponto a ser apontado em que o tratamento sucessório conferido ao cônjuge é diverso do tratamento sucessório conferido ao companheiro é o fato de que o cônjuge tem o condão de excluir os colaterais da sucessão do de cujus, enquanto o companheiro não.

O art. 1.829, inciso III, do Código Civil de 2002 estabelece que a sucessão será deferida unicamente ao cônjuge sobrevivente, quando não houver descendentes ou ascendentes do de cujus. De acordo com o inciso IV, do mesmo art. 1.829 do referido diploma legal, os colaterais só terão direito à sucessão do de cujus quando ausentes os descendentes, ascendentes e o cônjuge. Já o art. 1.790, em seu inciso III, do Código Civil de 2002 estabelece que o companheiro concorrerá com outros parentes sucessíveis, quando ausentes os descendentes e os ascendentes do de cujus, tendo direito à apenas um terço da herança. Os outros dois terços serão divididos entre os parentes colaterais. Além disso, o cônjuge só concorrerá com os parentes colaterais quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ou seja, quanto aos bens comuns. Os demais bens serão destinados aos colaterais.

Com relação à este tema, é visível a preferência do legislador pelo casamento. Enquanto o cônjuge herdará sozinho na ausência de descendentes e ascendentes do de cujus, ainda que existam colaterais; o companheiro só configurará como herdeiro único quando ausentes os colaterais. No tratamento

sucessório dado ao companheiro, o legislador deu maior preferência aos vínculos de sangue do que aos vínculos de afeto, ao estabelecer que parentes longínquos concorrerão com o companheiro, tendo direito a dois terços dos bens comuns e à totalidade dos bens particulares. Este é mais um ponto de nosso Código Civil atual que causa injustiças e que merece reforma

### **3.3 Análise quanto à constitucionalidade do tratamento sucessório diferenciado entre o cônjuge e o companheiro**

O direito à sucessão é um direito fundamental garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso XXX, da CRFB/88. De acordo com Alessandro de Araújo Trindade, “a sucessão é a transmissão por obrigação legal ou por força de testamento do patrimônio deixado por alguém que faleceu, para os seus herdeiros legítimos ou testamentários.”<sup>92</sup>

De acordo com o art. 1.784 do Código Civil de 2002, a partir do momento em que é aberta a sucessão, a herança é transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários. Esta é a concretização do princípio da  *saisine*  hereditária. Considera-se aberta a sucessão no momento em que o autor da herança falece.

Tanto a união estável como o casamento, são entidades familiares constitucionalmente protegidas pelo art. 226 da CRFB/88, possuindo, portanto, a mesma importância. Em respeito ao princípio da igualdade, todas as entidades familiares merecem a mesma proteção do Estado, de modo que uma família, por se fundar na união estável, não pode ter menos direitos que uma família fundada no casamento, sob pena de não estarem sendo cumpridos os mandamentos constitucionais.

---

<sup>92</sup> TRINDADE, Alessandro de Araújo, *Sucessão: concorrência entre o companheiro e o colateral*. Revista IBDFAM, Famílias e Sucessões, nº 03, mai./jun. 2014. p. 30.

Conforme leciona Zeno Veloso:

“As famílias constituídas por essas formas têm a mesma dignidade, a mesma importância, são merecedoras de igual respeito, consideração, acatamento. Acabou-se o tempo em que, com base em preconceitos aristocráticos, concepções reacionárias, passadistas, e argumentos repletos de hipocrisia, as famílias eram classificadas – como os produtos nas prateleiras das mercearias – em famílias de primeira classe, segunda classe e, até, de classe nenhuma.”<sup>93</sup>

Com a promulgação da Constituição de 1988 admitindo novas formas de entidades familiares em seu art. 226, ocorreu uma verdadeira mudança na cultura, de modo que outras formas de família passaram a ser respeitadas e vistas como dignas de proteção e do mesmo tratamento recebido pelas famílias fundadas no matrimônio. Com a edição das Leis 8.971/94 e 9.278/96, o companheiro passou a ter proteção similar à conferida ao cônjuge supérstite, de modo que não havia necessidade de uma mudança profunda quanto à forma de disciplinar este tema. Entretanto, o tratamento sucessório conferido ao companheiro no Código Civil de 2002 representou um verdadeiro retrocesso na matéria. E o que é pior, não havia nenhuma razão plausível para tal mudança. O artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que disciplina a sucessão do companheiro, não corresponde à realidade pátria e muito menos reflete o pensamento da doutrina e da jurisprudência.

Segundo Alexsandro de Araújo Trindade,

“devido à própria natureza do instituto da família, que tem como base o afeto entre os indivíduos, como também, em razão da colisão com os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação do retrocesso social e do enriquecimento sem causa do colateral, apesar de formalmente impecável, o art. 1.790 é materialmente inconstitucional, conseqüentemente, devendo ser afastada a sua incidência. Como não foi revogada, a sucessão do companheiro continua a ser objeto do art. 2º da Lei n. 8.971/94.”<sup>94</sup>

A concepção de família foi mudando com o passar dos anos, de modo que o que entendemos como família hoje é aquela formada pelo casal e seus

---

<sup>93</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit.,

<sup>94</sup> TRINDADE, Alexsandro de Araújo, Op. Cit., p. 39.

filhos, ou então apenas pelo casal, podendo ser heterossexual ou homossexual. Há ainda as formadas apenas pela mãe e seus filhos ou apenas pelo pai e seus filhos; ou aquela formada apenas por uma pessoa. Nos dias de hoje, já podemos observar, inclusive, as famílias originadas do poliamor, onde uma união é formada por mais de duas pessoas. Ou seja, a concepção de família mudou profundamente, passando a aceitar as variadas formas de uniões concebidas com base no afeto.

Nesse sentido, afirma Zeno Veloso:

“Neste tempo em que vivemos, a concepção de família está se contraindo, para compreender, praticamente, o homem, a mulher e os filhos, vivendo no lar conjugal ou no lar doméstico. A família, hoje, é muito diferente da família patriarcal. É menor, menos hierarquizada. Fala-se em família nuclear, na qual predominam os laços da afetividade e os princípios da liberdade e igualdade. O legislador não pode dar as costas para este fato social.”<sup>95</sup>

Podemos afirmar que as relações de afeto mais fortes que um sujeito possui são aquelas formadas entre ele, seu cônjuge ou companheiro e seus filhos. São essas relações que merecem proteção, são essas pessoas que ficarão desamparadas e que sofrerão em virtude da morte deste sujeito. E nada mais que justo, que os bens deixados pelo de cujus sejam transferidos àqueles que estiveram efetivamente ao seu lado durante sua vida.

Grande parte das famílias brasileiras de hoje são fundadas em uniões estáveis. Levando em conta que as uniões estáveis são relações duradouras, baseadas no afeto e com o objetivo de constituição de família, não há porque o legislador manter antigos preconceitos e discriminações de modo a inferiorizar essas famílias. As famílias formadas com base na união estável não são hierarquicamente inferiores às famílias com base no matrimônio, não havendo razão para que uma tenha mais direitos que a outra.

---

<sup>95</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 254.

Portanto, ao conceder tratamento sucessório tão inferior às entidades familiares formadas pela união estável em comparação às formadas pelo casamento, o legislador não está concretizando os anseios sociais, não está refletindo a realidade brasileira e muito menos está de acordo com os mandamentos constitucionais.

Neste sentido, leciona o célebre Zeno Veloso:

“Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.”<sup>96</sup>

O tratamento concedido ao companheiro no Código Civil atual é visivelmente inferior ao tratamento concedido pela legislação anterior. Diante disso, vê-se que mais um princípio constitucional é violado pelo art. 1.790 do CC/2002: o da vedação ao retrocesso social. O art. 1.790 do CC/2002 retirou do companheiro direitos sucessórios importantes que eram garantidos anteriormente, tais como o direito real de habitação, o usufruto dos bens deixados pelo de cujus e direito à totalidade da herança quando ausentes os descendentes e ascendentes do de cujus. Não havia nenhum motivo para retirar dos companheiros as conquistas sociais já garantidas em matéria de direito sucessório. Com isso, o tratamento sucessório conferido ao cônjuge se mostrou mais benéfico do que o conferido ao companheiro, demonstrando não apenas a violação do princípio da igualdade, mas também o da razoabilidade e da proporcionalidade.

A Constituição de 1988 protege a família na medida em que esta seja um instrumento para o desenvolvimento de seus membros. Nesse sentido, o § 8º do art. 226 estabelece que o Estado irá assegurar assistência à família na

---

<sup>96</sup> VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 255.

pessoa de cada um de seus integrantes. Entende-se, portanto, que as regras de Direito Sucessório devem ter como objetivo tutelar a pessoa do sucessor, ao invés de visar a tutela da vontade do de cujus, como forma de concretizar o estabelecido no § 8º do art. 226 da CRFB/88.

Com a concepção instrumental de família, que valoriza cada um de seus membros, visando que estes se desenvolvam e alcancem a felicidade pessoal tendo como base a família, o afeto se torna um elemento norteador das relações familiares. Como o afeto é a base de um relacionamento, seja ele fundado na união estável ou no casamento, não há como não tutelar esse tipo de vínculo entre o de cujus e o cônjuge supérstite ou companheiro sobrevivente. Diante disso, a proteção à família não pode se restringir aos vínculos de sangue, mas deve abarcar também os vínculos afetivos, que por vezes se tornam até mais fortes do que os vínculos sanguíneos.

De acordo com Ana Luiza Maia Nevares, “a sucessão hereditária no âmbito familiar é instrumento de concretização do princípio da solidariedade constitucional.”<sup>97</sup> Os direitos sucessórios ao realizarem uma distribuição de um patrimônio, garantem uma vida digna e o desenvolvimento de cada um dos sucessores, concretizando mais um princípio constitucional: o da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade humana estabelece que cada sujeito deve possuir o mínimo para que exista com dignidade.

Com a morte do de cujus, seus sucessores podem ficar desamparados, inclusive o cônjuge supérstite ou o companheiro. Com a transmissão do patrimônio do de cujus para as pessoas por quem ele presumidamente nutria maior afeto, ou seja, o cônjuge ou companheiro, os descendentes e os ascendentes; garante-se que os sucessores do de cujus terão condições de viver dignamente. Ou seja, ao conceder a proteção e tutela devida no âmbito do

---

<sup>97</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 75.

direito sucessório, garante-se que os sucessores tenham uma vida digna, se desenvolvam e alcancem a felicidade pessoal.

A respeito do tema, Ana Luiza Maia Nevares faz a seguinte ponderação:

“Para que a solidariedade constitucional (CF/88, art. 3º, I) tenha ampla realização no âmbito do Direito Sucessório, é preciso que as regras da sucessão legal observem a pessoa do sucessor, em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, não havendo discriminação quanto à entidade familiar a qual pertence o chamado à sucessão. Somente assim será construído um sistema sucessório em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.”<sup>98</sup>

Se as regras que regulam as relações familiares e sucessórias devem ter como base o afeto entre os indivíduos que são membros de uma família, não há razão para que uma entidade familiar tenha tratamento superior ao que é dado à outra entidade familiar, já que o que é levado em conta não é a existência ou ausência de formalidade que fundamenta aquela entidade familiar, mas o afeto entre os membros que a compõem.

Ao conferir proteção privilegiada à determinada entidade familiar em detrimento de outras, o legislador estará também violando o princípio da liberdade, pois cada cidadão deve ter liberdade para escolher qual a forma de entidade familiar que melhor lhe aprouver e não receber tratamento inferior em virtude de sua escolha.

Não é apenas isso. A Constituição ao estabelecer que a união estável é entidade familiar, assim como é o matrimônio, equiparou as duas formas de constituição de família. Diante disso, com base no princípio da supremacia da Constituição, mais precisamente no que se refere ao princípio da força normativa da Constituição, as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com aquilo que a Constituição estabelece. Como já foi exposto, o tratamento sucessório conferido ao companheiro pelo Código Civil de 2002

---

<sup>98</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, Op. Cit., p. 78.

não reflete o exposto na Constituição, pelo contrário, viola dispositivos e princípios constitucionais.

Dito isto, a alternativa que nos resta no momento é interpretar as regras sucessórias de acordo com os princípios e valores constitucionais, concretizando o princípio da interpretação conforme à Constituição.

Diante de todo exposto, mostra-se necessária uma reforma no Código Civil de modo a concretizar os princípios constitucionais e equiparar o tratamento sucessório conferido ao cônjuge e ao companheiro.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho foi possível perceber que, em que pese a união estável ser reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar e objeto de tutela do Estado, a diferença de tratamento dada pelo legislador infraconstitucional às famílias fundadas em uniões estáveis e às famílias fundadas no matrimônio é alarmante.

Grande parte das famílias brasileiras são formadas por uniões estáveis e ao fornecer tratamento sucessório inferior à estas famílias o legislador infraconstitucional está violando a Constituição e provocando injustiças. Não regulamentar os direitos sucessórios destas famílias de forma adequada e completa não fará com que estas desapareçam. Elas existem e com base no princípio da dignidade humana, merecem ter a proteção acessória adequada.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias afirma que “a ausência de uniformidade levada a efeito pela lei, além de desastrosa, é flagrantemente inconstitucional.”<sup>99</sup>

Em virtude deste tratamento inferior concedido ao companheiro permite-se que ocorram situações em que o companheiro fique desprotegido e desamparado em virtude da morte de seu consorte.

Além disso, as falhas e omissões presentes nas regras sucessórias, tanto relativas ao companheiro como as relativas ao cônjuge permitem que hajam decisões controvertidas, causando insegurança jurídica, além de não refletir os valores constitucionais e a realidade brasileira.

É necessária uma urgente reforma do Código Civil atual para que as omissões e controvérsias apontadas no presente trabalho sejam sanadas e para

---

<sup>99</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit.. p. 182 e 183.

que os princípios e valores constitucionais sejam concretizados, garantindo mais segurança, previsibilidade e justiça.

## BIBLIOGRAFIA

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 8ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direito Civil: Sucessões*, Volume 7, 2ª ed.. São Paulo: Atlas S.A., 2007. (Série Fundamentos Jurídicos). 323 p.

GOMES, Orlando, *Sucessões*, 14ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 353 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências*. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (coord.), *Direito de Família e das sucessões – Temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.

NEVARES, Ana Luiza Maia, *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*, 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 248 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. VI, 21ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 421 p.

RODRIGUES, Lia Palazzo, *Direito Sucessório do Cônjuge Sobrevivente*, Revista IOB de Direito de Família, Edição nº 46, fev./mar. 2008.

TARTUCE, Flávio, *A sucessão do companheiro*. O polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em 22 de Maio de 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro*, Revista Pensar. Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 157, jan./jun. 2012.

Disponível em <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/viewFile/2279/pdf>>.

Acesso em 08 de Junho de 2015.

TRINDADE, Alexsandro de Araújo, *Sucessão: concorrência entre o companheiro e o colateral*. Revista IBDFAM, Famílias e Sucessões, nº 03, mai./jun. 2014.

TUSA, Gabriele, *Sucessão do companheiro: concorrência com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança*. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (coord.), *Direito de Família e das sucessões – Temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.

VELOSO, Zeno. *O direito sucessório dos companheiros*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2ª ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.