

Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro

Controversies about succession in marriage and civil partnership

Gustavo Tepedino*

Resumo

Após recentes mudanças jurisprudenciais no que tange ao *status* jurídico das uniões estáveis, torna-se cada vez mais relevante estudar as aproximações e diferenças entre seu regime jurídico e aquele conferido ao casamento.

Palavras-chave: Sucessão. Casamento. União estável.

Abstract

After recent changes in our jurisprudence concerning the juridical status of civil partnerships, it is each time more relevant to study the proximities and differences between its juridical regime and the one associated to marriage.

Keywords: Succession. Marriage. Civil partnership.

Introdução. Tutela patrimonial do cônjuge: regimes matrimoniais e direitos sucessórios

A tutela patrimonial do cônjuge no Direito brasileiro se traduz em dois aspectos distintos: o regime de bens do casamento e a sucessão *causa mortis*. Cuida-se de sistema integrado no âmbito do qual, em

* Gustavo Tepedino: Doutor em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. Email: tepedino@uol.com.

regra, na evolução legislativa brasileira, a maior proteção conferida no regime de bens se associa à diminuição na tutela no plano sucessório. Daí a necessidade de se interpretarem ambas as disciplinas jurídicas, de modo sistemático, para se alcançar plenamente a função promocional e protetiva do cônjuge pretendida pelo ordenamento.

Sob a regência do Código Civil de 1916, não se atribuía ao cônjuge *status* de herdeiro necessário na propriedade dos bens deixados pelo outro.¹ O consorte somente era chamado à sucessão na ausência de descendentes e ascendentes e se, ao tempo da morte, não se encontrasse legalmente separado do falecido (art. 1.611, *caput*).²

O panorama se alterou com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962), que, com o intuito de conferir alguma tutela sucessória ao cônjuge, acrescentou dois parágrafos ao artigo 1.611.³

-
- ¹ Sobre o tema, afirmava-se em doutrina: “O cônjuge não é herdeiro necessário. Se o marido não tiver descendentes ou ascendentes, ou se não os tiver a mulher, poderá testar livremente, não sendo obrigado a contemplar o outro cônjuge, ainda sendo casado com separação de bens” (GOMES, 2002, p. 61-62). “Na ordem vocacional vigorante, o cônjuge surge em 3º lugar, não sendo, contudo, herdeiro necessário. Inexistindo os sucessores da classe dos descendentes, bem como dos ascendentes, o cônjuge sobrevivente torna-se sucessor se a sociedade conjugal preexistir, ou seja, não estiver dissolvida por quaisquer dos modos legalmente estabelecidos” (LOPES, 2001, p. 65). Todavia, já havia vozes que advogavam pela proteção mais eficaz ao cônjuge viúvo. Confira-se a lição de Clóvis Bevilacqua (1958, p. 53-54): “Unidos pelo mais íntimo dos laços, pela comunhão dos afetos e de interesse, era uma necessidade moral indeclinável conceder, ao cônjuge sobrevivente, direito sucessório, preferente ao dos colaterais. [...] Deveria ter ido um pouco além o Código e não deixar o cônjuge desamparado, quando a herança deva ser deferida aos ascendentes do premorto, por não haver descendentes. Mas, ainda que incompleta, a justiça do dispositivo é louvável!”
- ² Art. 1.611. À falta de descendentes ou ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977).
- ³ “Art. 1.611. § 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cuius.” (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962). “§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar” (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

O §1º atribuía ao cônjuge sobrevivente, em todos os regimes matrimoniais, salvo o da comunhão universal, o usufruto da quarta parte do patrimônio hereditário do finado, se houvesse filhos deste ou do casal, e da metade, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes do *de cuius*.⁴

Tal direito 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.⁵

Não obstante, o direito de usufruto concedido outrora ao cônjuge, além de insuscetível de ser afastado em testamento, representava parte alíquota da herança, vale dizer, percentual extraído do conjunto de todos

⁴ Sobre o tema, confira-se Gustavo Tepedino (1991). Registre-se que a jurisprudência, à época, flexibilizou o disposto no §1º do artigo 1.611, de modo a tutelar apenas o cônjuge desamparado, com base na alegação de que a ratio do dispositivo consistia em assegurar a subsistência do cônjuge sobrevivente. É ver-se: “Reconhecida a comunhão dos aquestos, não tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão universal dos bens, direito ao usufruto vital previsto no art. 1.611, §1º, do Código Civil” (STJ, in RSTJ 64/210). “Sucessão. Cônjuge supérstite casada sob o regime de separação de bens. Usufruto legal. Direito inexistente. Viúva contemplada no testamento com bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto. Inteligência do art. 1.611, §1º, do CC. [...] Se a viúva tem direito a 2/4 dos bens situados no Brasil, por força do testamento, a instituição em seu favor de usufruto sobre mais ¼, a recair exclusivamente sobre o quinhão dos filhos, onerará metade da legítima” (STJ, REsp 28.152-4, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 27.6.1994, in RT 713/219). “Casamento. Regime de bens. Pacto antenupcial. Separação e incomunicabilidade dos aquestos. Usufruto de quarta parte dos bens do marido falecido. Instituição de usufruto maior em testamento. [...] No caso em questão, embora o regime não seja o da comunhão, a autora não ficou desamparada, pois o marido já lhe deixou por testamento o usufruto de parte maior do que a prevista no §1º do art. 1.611 do CC, ou seja, da metade de seus bens” (TJSP, in RT 484/73).

⁵ Nessa direção, considerando o usufruto vital como espécie de legado: “De frisar-se ademais, por ser também esclarecedor do objetivo daquele usufruto, que esse direito do cônjuge sobrevivente – além de ser conceituado pela doutrina como legado ex lege [...] – tem a sua remotíssima origem na Novela 53, Cap. 6, que cogitava do amparo ao viúvo e à viúva e que foi derogada pela Novela 117, Cap. 5, de maneira a ficar apenas a ‘quarta da viúva pobre’” (ARMANDO, 1972, p. 42). Na mesma esteira, confira-se a jurisprudência: “No caso particular das viúvas, que concorrem com filhos e que não são herdeiras, nem meeiras, tem-se entendido que este usufruto constituído pelo par. 1. do art. 1611, civil, tem natureza de legado [...]. A posse da apelante é, assim, legítima porque decorre de sua condição de legatário ‘ex lege’” (TJRJ, Ap. 1998.001.04106, 2ª CC, Rel. Des. Gustavo Kuhl Leite, julg. 13.8.1998). “Usufruto sobre a quarta parte do imóvel em favor

os bens do cônjuge falecido (TEPEDINO, 1991, p.56).⁶ O usufruto viual representou, assim, a atribuição de *status* de herdeiro necessário no direito positivo brasileiro.

Também com o intuito de amparar o cônjuge viúvo na eventualidade de ser privado de moradia, o legislador instituiu, no §2º do art. 1.611, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que se tratasse do único dessa natureza a inventariar e o regime matrimonial fosse o da comunhão universal.⁷

Tais mecanismos de proteção ao cônjuge sobrevivente possuem importante papel histórico, representando certo temperamento à ausência de tutela do cônjuge em termos de sucessão necessária.⁸ Desse modo, identificavam-se, no regime anterior, situações distintas em relação ao regime de bens do casamento. Enquanto se atribuía ao cônjuge que vivera em regime de comunhão parcial de bens o direito ao

do cônjuge supérstite (C.C., art.733, II).[...] Em suma, trata-se do legado ex lege e porque deva assim ser tratado – como legado e não como herança – deflui que não poderia o legatário entrar, por autoridade própria, na posse da coisa legada, posto que lhe pertencesse com os frutos, desde a abertura da sucessão” (TJRJ, Ap. 1989.001.04722, 8ª CC, Rel. Des. Moledo Sartori, julg. 24.4.1990). “Inventário – Cônjuge viúvo – Casamento pelo regime de separação de bens – Direito ao usufruto de uma quarta parte dos bens – Aplicação do art. 1.611, §1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 4.121, de 1962. [...] Esse dispositivo, incluído no Código em razão do art. 11 da Lei n. 4.121, consagrou um direito que a doutrina denominara de legado ex lege, conforme Barbero [...]” (RT, 402/1969). “[...] o art. 1.611, §1º, do CC, com a redação dada pela Lei n. 4.121, de 1962, e que criou o que se denomina legado ex lege e que independe da vontade do outro cônjuge” (RT 416, 1970).

⁶ No mesmo sentido, v. Antônio Chaves (1974, p. 55 e ss); J. de Oliveira Filho (1972, p. 54 e ss).

⁷ Orlando Gomes (2002, p. 66) defende que, assim como o usufruto viual, também o direito real de habitação possui natureza jurídica de legado ex lege: “Tal como em relação ao usufruto, o cônjuge sobrevivo não se torna herdeiro pela atribuição do direito real de habitação, senão legatário legítimo, com as sequelas próprias de semelhante condição”.

⁸ Marcel Planiol (1948, p. 558) ressalta os benefícios do usufruto como conciliação de interesses entre os parentes do defunto, ao mesmo tempo em que protege o cônjuge sobrevivente: “L’attribution d’un usufruit au conjoint survivant est apparue comme étant le procédé qui concilie le mieux les divers intérêts des personnes en présence: le conjoint, qui a besoin de conserver en partie au moins les revenus dont il avait la jouissance en commun avec le défunt; les membres de la famille, qu’il importe de ne pas dépouiller au profit d’une autre famille. Avec ce système, la totalité de la succession reviendra un jour aux parents du défunt. [...] C’est un avantage legal de survie plutôt qu’un droit héréditaire”. No mesmo sentido: “Estatuindo aquele usufruto, o §1º do

usufruto vidual, garantia-se, nos termos da lei, ao casado em regime de comunhão universal o direito de habitação.⁹

O Código Civil de 2002 ampliou significativamente a tutela sucessória do cônjuge, impondo sem ressalvas sua condição de herdeiro necessário e atribuindo-lhe direito de concorrência com os descendentes em algumas hipóteses. A solução se mostra, em certa medida, paradoxal, uma vez que, em matéria de regime de bens, garantiu o legislador ampla flexibilidade aos nubentes.¹⁰

1 A nova proteção sucessória do cônjuge: sucessão necessária e concorrência com os descendentes

Afirma-se que a transformação do regime sucessório dos cônjuges vincula-se à alteração do regime legal, antes o da comunhão universal

art. 1.611 do nosso Código Civil tem, à evidência, o propósito de amparar o cônjuge sobrevivente (marido ou mulher) quando o casamento foi realizado em regime de bens, diverso do de comunhão universal, ou seja, o seu objetivo é o de evitar que o viúvo ou a viúva fique na miséria ou em dificuldade" (ARMANDO, 1972, p. 42). "A Lei 4.121 outra coisa não fez senão ampliar e reforçar essa garantia em favor do cônjuge, no que agiu com inegável acerto, por favorecer quem contribuiu para a construção da fortuna, e que provavelmente se esforçará para conservá-la, de preferência a quem nada fez para amealhá-la, e provavelmente irá dissipá-la" (CHAVES, 1974, p. 67).

⁹ Orlando Gomes (2002, p. 62) anota que "o direito atribuído ao cônjuge supérstite na sucessão do consorte varia conforme as condições em que se verifique. Sucede em propriedade, usufruto e habitação".

¹⁰ Com efeito, o legislador confere ampla discricionariedade aos nubentes para fixarem o regime que melhor lhes convier, além de permitir sua alteração a qualquer tempo (art. 1.639, caput e §2º). Ademais, previu plena liberdade para alienação de bens no âmbito do regime da separação absoluta (art. 1.647, I) e, no regime de participação final nos aquestos, garantiu a livre administração dos bens (art. 1.673, parágrafo único), assim como a possibilidade convencional de sua livre disposição (art. 1.656).

de bens, para o da comunhão parcial de bens. Desse modo, restaria amparado o cônjuge que, sem recursos, poderia nada herdar em relação aos bens particulares do falecido, cabendo a herança integralmente aos descendentes ou ascendentes (REALE, 1999, p. 18).¹¹

A inovação trazida pelo Código quanto à concorrência do cônjuge com os descendentes buscava superar esse rigor, tendo por paradigma o cônjuge não suficientemente protegido pelo regime de bens. Contudo, essa solução acaba por gerar perplexidades nos dias atuais, como nas hipóteses de casamentos sucessivos.¹²

Apesar das dificuldades de compatibilizar a proteção sucessória do cônjuge com os diversos regimes de bens, o Código Civil procurou sistematizar as hipóteses em que o supérstite concorre com os descendentes do *de cuius*. Assim, o legislador expressamente exclui o cônjuge da concorrência nos casos previstos no artigo 1.829, I, *in verbis*:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

¹¹ De acordo com Arnoldo Wald (2002, p. 69), “o problema sucessório do cônjuge sempre esteve vinculado aos regimes de bens [...]”. Sobre objetivo dos novos dispositivos para a proteção do cônjuge sobrevivente, confira-se: “Esse melhor tratamento dispensado ao cônjuge no CC/02 constitui o ápice de uma série de mudanças observadas em nossa legislação, iniciada com a Lei Feliciano Pena (Dec. nº 1.839/1907), as quais visaram à proteção da mulher, mas que se aplicam a ambos os consortes. O escopo não é outro senão evitar que o cônjuge sobrevivente fique desamparado, sem patrimônio próprio que lhe garanta a sobrevivência” (STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22684/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 7.5.2007).

¹² A doutrina oferece alguns exemplos: “na hipótese de vir a ex-mulher a casar e posteriormente a falecer, parte do referido bem ficará, a título de direito de concorrência, com o novo marido. Jamais voltará aos filhos, nem quando da morte do viúvo sobrevivente. Tal bem irá aos herdeiros dele. Assim, formar-se-á um condomínio entre os filhos e o viúvo (e posteriormente seus sucessores) sobre, por exemplo, o imóvel que pertenceu à família do ex-marido” (DIAS, 2006, p. 385-386).

Observa-se que o regime de bens adotado pelos cônjuges constitui, de fato, o parâmetro para disciplinar o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes, excluindo-o em determinadas hipóteses.

Exsurge da redação do preceito legal a não atribuição do direito de concorrência com os descendentes ao cônjuge casado no regime da comunhão universal de bens. Supôs o legislador que, como se comunicam os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, sendo única a massa de bens, o consorte já estaria suficientemente protegido.

Da mesma forma, não se objeta a exclusão do direito de concorrência no regime de separação obrigatória de bens¹³, o qual constitui restrição à autonomia privada dos cônjuges, que se veem obrigados a adotá-lo sempre que presentes determinadas circunstâncias.¹⁴ Imaginou-se que, se a lei exige a separação em função de algum fundamento que torna reprovada socialmente a comunicação dos bens, não poderia autorizar que, por herança, recebesse o cônjuge supérstite aquilo que, em vida, o legislador procurou coibir. Dito de outro modo, “não faria sentido permitir ao cônjuge, eventualmente, receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam se comunicar no momento da constituição do vínculo matrimonial” (PEREIRA, 2004, p. 148).

¹³ “Agravado de instrumento. Inventário. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação obrigatória de bens. Não é herdeiro do falecido o cônjuge sobrevivente que era casado com ele pelo regime da separação obrigatória de bens. Inteligência do art. 1.829, I, do NCCB.” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70019414796, 8ª CC, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 24.4.2007)

¹⁴ Constitui exceção ao disposto no artigo 1.639, restringindo a liberdade dos cônjuges de convencionarem o regime de bens que lhes convier. “Por força de circunstâncias de ordem pública, reputadas relevantes em razão da especial proteção de algumas pessoas ou situações, mitiga o legislador, neste art.1.641, a liberdade de escolha do regime patrimonial do casamento, impondo aos nubentes um regime específico: o da separação obrigatória de bens” (GAMA, 2005, p. 55). “É, pois, lícito aos cônjuges escolher o regime de suas preferências, combiná-los ou estipular cláusulas de sua livre escolha e redação, desde que não atentem contra os princípios de ordem pública, e não contrariem a natureza e os fins do casamento. Excluem-se desta escolha as situações especiais indicadas no art. 1.641, onde é negada esta escolha aos nubentes” (PEREIRA, 2007, p. 1829).

No que tange ao direito de concorrência no regime de participação final nos aquestos, o artigo 1.685 permite a plena participação do cônjuge sobrevivente no patrimônio do falecido.¹⁵ Apurados os aquestos, ao cônjuge sobrevivente restará a respectiva meação, cabendo aos herdeiros a outra, de acordo com a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil, que inclui o supérstite. A doutrina alerta que “o fato de um dos cônjuges ter recebido ou pago o crédito de participação não deve restringir seus direitos sucessórios, eis que fundados em razões distintas” (ZEBULUM, 2010, p. 240).¹⁶ Tal conclusão, contudo, é refutada por alguns autores, os quais destacam a similitude de efeitos entre esse regime e o da comunhão parcial, a avocar igual disciplina.¹⁷

Já em relação ao regime de comunhão parcial de bens, o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido se mostra

¹⁵ “Art. 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.”

¹⁶ Sobre o tema, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 215) advertem: “E se o regime for da participação final dos aquestos? Pela literalidade das disposições de exclusão contidas no texto, haverá direito sucessório recíproco entre os cônjuges assim casados”. No mesmo sentido: “Se o Código não excluiu expressamente o regime de participação final nos aquestos do rol exaustivo do inciso I do art. 1.829, é de afirmar a concorrência do cônjuge com os descendentes. [...] Sobre o valor remanescente, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes. Trata-se de direito hereditário que obedece às regras do direito sucessório [...]” (CHINELATO, 2004, p. 393-394).

¹⁷ “O inciso I [do art. 1.829] não se refere ao regime de participação final nos aquestos criado pelo atual Código. Pelo silêncio, seria o caso, a princípio, de entender que, casado por esse regime, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes em relação a todos os bens. Não pode ser essa a solução, porém, diante das peculiaridades desse regime. Segundo o art. 1.672, durante o casamento, valem as regras de separação total de bens, mas, na dissolução da sociedade conjugal, inclusive pela morte (art. 1.685), há direito de meação nos bens adquiridos onerosamente durante o casamento. Na sucessão, portanto, a situação é a mesma da comunhão parcial. Ante essa igualdade de situações, impõe-se a mesma solução legal: ou seja, em relação aos bens comuns, em face dos quais tem meação e está protegido, o cônjuge não concorre com os descendentes, concorrendo somente em face dos bens particulares [...]. O legislador não omitiu intencionalmente o regime da participação final nos aquestos, simplesmente se esqueceu de mencioná-lo” (ANTONINI, 2008, p. 1987). Em sentido semelhante, Maria Berenice Dias (2009, p. 159), que, apesar das críticas, destaca não ser possível superar a redação do artigo 1.829, I .

controverso. Identificam-se ao menos quatro interpretações radicalmente distintas do preceito legal.

Por um lado, afirma-se que o cônjuge supérstite apenas concorre com os descendentes quanto aos bens particulares do falecido, não sobre os bens extraídos da meação, ao argumento de que, dessa maneira, evitar-se-ia protecionismo excessivo ao cônjuge.¹⁸ O direito de concorrência do cônjuge estaria condicionado, assim, à própria existência de bens particulares: na ausência destes, apenas os descendentes sucedem ao *de cuius*.

De outra parte, defende-se que a concorrência do cônjuge com os descendentes incidirá apenas sobre parcela da meação, a fim de preservar a disciplina do regime de comunhão parcial.¹⁹ O raciocínio considera que haverá concorrência apenas na hipótese de o falecido não

¹⁸ “A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes vai depender do regime de bens do casamento, não acontecendo se o regime foi o da comunhão universal, ou o da separação obrigatória. Se o regime foi o da comunhão parcial, a concorrência dar-se-á se o autor da herança houver deixado bens particulares (C.C., art. 1.829, I), e só com relação a tais bens particulares. Dos outros bens, o cônjuge já é meeiro e não há razão para que ainda concorra com os descendentes com relação a esses bens comunitários. Na concorrência do cônjuge sobrevivente e descendentes do *de cuius*, o princípio é: ‘onde há meação não existe herança’” (VELOSO, 2008, p. 241-242). No mesmo sentido, Wilson J. Comel (2004, p. 56). Confira-se, em jurisprudência: “Agrav. Inventário. Decisão no sentido de que a agravante somente deverá concorrer com as descendentes em relação aos bens particulares do falecido, excluindo-a da partilha dos bens adquiridos na constância do casamento, ante a adoção do regime da comunhão parcial de bens, quando da realização do matrimônio - Inconformismo - Pretensão de concorrer com as descendentes do falecido em todo o acervo hereditário - Decisão mantida - O cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes nos bens particulares, não nos comuns - Negado provimento ao recurso” (TJSP, Agravo nº 479.172-4/8-00, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, julg. 3.4.2007). E ainda Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 452).

¹⁹ “[...] havendo bens particulares, o cônjuge sobrevivente não tem direito sobre eles. O direito de concorrência incide exclusivamente sobre os bens amealhados durante o casamento. [...] não se pode deixar de reconhecer que a solução preconizada pelo legislador, além de ser contrária à vontade das partes, simplesmente gera enriquecimento sem causa. Alguém vai ganhar bens sem que tenha colaborado na sua formação e sem que tenha havido manifestação de vontade nesse sentido, quer por meio de pacto antenupcial, quer por testamento” (DIAS, 2006, p. 385-386). No mesmo sentido: “Assim, quem casa com alguém que possui bens particulares, quando de sua morte, percebe somente sua meação, ficando os herdeiros com a titularidade exclusiva do acervo hereditário composto pela meação do morto e pelo patrimônio preexistente ao casamento, raciocínio que, longe de afrontar a lei, está em consonância com a lógica da vida, pois se harmoniza com a cadeia sucessória e o sistema legal, que sempre priorizou os vínculos de parentesco, fugindo ao razoável interpretar a lei distanciada do senso comum. Entender-se que a herança dos bens particulares possa ser compartilhada com o cônjuge sobrevivente é

haver deixado bens particulares. Ao revés, existindo bens particulares do *de cuius*, não estaria autorizado o cônjuge a concorrer com os descendentes.²⁰

Uma terceira corrente sustenta que, existindo bens particulares, o cônjuge concorrerá com os filhos, com base de cálculo em todo o direito hereditário, vale dizer, tanto a meação quanto os bens particulares. Portanto, a vocação hereditária do cônjuge dar-se-ia, em concurso com os descendentes, sobre a totalidade do acervo, que inclui tanto a parcela de bens do falecido retirada da meação quanto os bens particulares.²¹

visualizar enriquecimento sem causa, além da quebra do princípio norteador do direito sucessório que orienta a transmissão patrimonial seguindo os vínculos de consanguinidade, pois ditos bens foram normalmente havidos com o esforço pessoal ou com a colaboração dos filhos de leito anterior, que recolheriam, em regra, tal patrimônio” (GIORGIS, 2005, p. 115).

²⁰ “Abre a lei duas hipóteses, a depender da existência ou não de bens particulares. De forma clara, diz o texto: no regime da comunhão parcial há a concorrência “se” o autor da herança não houver deixado bens particulares. A contrario sensu, se deixou bens exclusivos, o cônjuge não concorrerá com os descendentes” (DIAS, 2011).

²¹ “[...] Temos para nós que a regra estabelece um critério de convocação, se preenchidos os seus requisitos, para concorrer na universalidade do acervo. [...] Convocado o cônjuge, terá direito a uma parcela sobre toda a herança, inclusive recaindo o seu quinhão também sobre os bens nos quais eventualmente já possui meação” (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p. 213). “Vale assinalar que na hipótese da sucessão do cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens, em concorrência com os descendentes, discute-se a massa de bens sobre a qual incide o seu direito sucessório: somente quanto aos bens particulares do autor da herança ou sobre todo o acervo hereditário (meação do finado + bens particulares). Em virtude de ser a herança uma universalidade de direito, que é transmitida como um todo unitário aos sucessores (CC/2002, art. 1.791), merece prosperar a posição que defende a incidência do direito sucessório do cônjuge no caso indicado sobre toda a herança” (NEVARES, 2006, p. 147). Ver ainda: Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2003, p. 46-47). Há também precedentes nesse sentido: “O cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens detém o direito de meação e herança, na forma do art. 1.829 do CCB, na hipótese de o autor da herança deixar bens particulares” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70013227533, 7ª CC, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, julg. 21.12.2005). O entendimento foi adotado pelo enunciado n. 270 da III Jornada de Direito Civil: “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 aquestos, o falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) serem partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

Em meio à controvérsia doutrinária, pronunciou-se sobre o assunto o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.992.749/MS, relatado pela ministra Nancy Andrighi. O acórdão, após identificar a contenda em torno do tema, constrói uma quarta posição, que se distingue das anteriores em dois aspectos significativos.²²

Em primeiro lugar, analisa a situação do cônjuge casado em regime de comunhão parcial de bens. Entenderam os ministros, seguindo de forma unânime a orientação da relatora, que a disciplina do direito de concorrência do cônjuge não possui o condão de desnaturar o regime de bens voluntariamente estabelecido. Desse modo, deixando ou não o falecido bens particulares, caberia ao cônjuge supérstite o direito de concorrência apenas quanto aos bens que compõem o patrimônio comum, excluída sua meação.²³ Nos termos da decisão, tal conclusão contribuiria para preservar “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”.

A Corte manifestou-se ainda sobre a sucessão do cônjuge casado no regime da separação voluntária de bens. Asseverou-se que a expressão “separação obrigatória”, empregada pelo legislador, contemplaria tanto a separação obrigatória (art. 1.641) como a convencional (art. 1.687 e ss.). Na esteira da interpretação conferida à hipótese do regime de comunhão parcial, argumentaram os ministros que tal conclusão, a despeito da dicção legal em sentido contrário, mostra-se fundamental para conservar o regime eleito pelos nubentes quando da celebração do casamento: permitindo-se que o cônjuge concorra com os herdeiros, desnaturar-se-ia o regime da separação de

²² STJ, REsp 992.749, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 1.12.2009. Participaram do julgamento os Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Vasco della Giustina.

²³ Nas palavras da relatora: “Desse modo, 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, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes”.

bens, de acordo com o qual não se atribui ao cônjuge direito à meação. Evitar-se-ia, dessa forma, a colisão entre as normas dos artigos 1.829, I e 1.687 do Código Civil, que estabelece a administração exclusiva dos cônjuges sobre seus bens no regime da separação de bens.

Em que pese o valor dos argumentos de todas as posições mencionadas, mostra-se mais consentânea com o sistema, diante da dicção do art. 1.829 do Código Civil, a atribuição ao cônjuge do direito de concorrência tão somente na hipótese de haver deixado o *de cuius* bens particulares, limitando-se a vocação sucessória, quanto à base de cálculo, a tais bens. Em outras palavras, se o falecido, casado pelo regime de comunhão parcial de bens, não tiver deixado bens particulares, o cônjuge supérstite se encontra em situação idêntica a do sobrevivente de regime de comunhão universal, e não irá participar, conseqüentemente, da vocação hereditária, tendo direito apenas à metade dos bens adquiridos na constância do casamento, a título de meação. Há, aqui, unicidade patrimonial absoluta.

Por concorrer na sucessão apenas na hipótese em que o *de cuius* tiver deixado bens particulares, vê-se que o legislador, segundo estatui a linguagem do art. 1.829, I, do Código Civil, procurou separar, de um lado, a meação sobre bens comuns, fazendo incidir, de outro lado, a vocação hereditária sobre o patrimônio particular do *de cuius*, justificando-se, somente assim, o fato de o legislador, no dispositivo em análise, ter excluído da sucessão o cônjuge “se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

O fato de o preceito excluir a sucessão do cônjuge casado em regime de comunhão universal de bens confirma tal conclusão. Ou seja, não se poderia estabelecer, como base de cálculo para o direito sucessório do cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial, o inteiro patrimônio do falecido, já que isso significaria atribuir-lhe tratamento mais benéfico, e sem qualquer justificativa axiológica, do que aquele previsto para o cônjuge supérstite casado na comunhão universal de bens, o qual foi excluído por lei da sucessão justamente por inexistirem, nesse regime, patrimônios particulares, tendo direito os cônjuges apenas à meação.

Dito diversamente, o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal, com quem o *de cuius* optou por compartilhar todo o seu patrimônio, não concorre com os herdeiros necessários. Já na comunhão parcial, a vocação hereditária só se justifica diante da existência de patrimônio individual do *de cuius*, circunscrevendo-se, por isso mesmo, aos bens particulares (art. 1.668, I, Código Civil) a concorrência sucessória de que trata o art. 1.829, I, do Código Civil. Daqui a conclusão de que o cônjuge supérstite casado sob o regime de comunhão parcial de bens herda apenas sobre os bens particulares do *de cuius*.

Outra questão vivamente debatida no âmbito do direito sucessório do cônjuge se refere ao disposto no art. 1.832, que permite que, na concorrência entre os descendentes e o cônjuge, seja garantida quota mínima de 25% da herança em favor do cônjuge sobrevivente se este for também ascendente dos herdeiros com que concorrer.²⁴ Dito de outro modo, se a prole com a qual concorrer o cônjuge sobrevivente for comum do casal, a partilha há de assegurar um piso mínimo de 25% para o sobrevivente. Na hipótese em que a prole pertence apenas ao falecido, não há essa garantia.²⁵

A divergência surge quando a prole é mista, ou seja, parte filha do casal e parte de outra relação do *de cuius*. Na hipótese em que concorrem à sucessão descendentes exclusivos do *de cuius* e descendentes comuns, não se garante quota mínima ao consorte. Isso porque 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,

²⁴ “Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I), caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”

²⁵ De acordo com Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 215), “concorrendo com os descendentes só do autor da herança, receberá o cônjuge parcela idêntica à dos que sucederem por direito próprio”. Na jurisprudência: “Assim, havendo filhos somente do *de cuius*, o cônjuge receberá mesmo quinhão reservado aos descendentes daquele” (TJRJ, Ap. Cív. 2006.002.18435, 17ª CC, Rel. Des. Edson Vasconcelos, julg. 17.1.2007).

não existe relação sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os filhos de outro leito, não se justificando tal proteção.²⁶

2 Regime de bens e direitos sucessórios do companheiro

O art. 1.725 do Código Civil, reconhecendo a aplicação analógica do regime de comunhão parcial à união estável, traduz longa

²⁶ É o entendimento de parte da doutrina: “E se o falecido possuía filhos com o cônjuge sobrevivente, mas tinha-os, também, com outra pessoa? Quid juris? É hipótese que o CC não resolveu expressamente e que a doutrina e jurisprudência deverão esclarecer. Neste caso, o cônjuge sobrevivente não é ascendente de todos os herdeiros com que está concorrendo. Parece que, assim sendo, a quota hereditária mínima (1/4) não é cabível, fazendo-se a partilha por cabeça entre a viúva ou o viúvo e os descendentes do de cuius, e esta opinião tenho manifestado desde os meus primeiros escritos sobre o Código Civil brasileiro e reitero tal entendimento, que considero lógico e justo” (VELOSO, 2008, p. 242). No mesmo sentido: “[...] se o morto tiver um filho que não é do seu cônjuge, embora existam descendentes comuns (filiação híbrida), a partilha sempre se fará integralmente por cabeça, ou seja, a divisão se faz rigorosamente pelo número de filhos mais o cônjuge sobrevivente, não havendo que se falar aqui em garantia mínima sucessória a favor do cônjuge supérstite em detrimento do descendente, primeiro na ordem de vocação hereditária, mormente inexistindo parentesco entre os concorrentes” (CARVALHO, 2003, p. 50). Confira-se, em jurisprudência: “[...] a viúva inventariante concorre com as duas filhas descendentes, uma comum e outra apenas do falecido (indicadas no item III de fls. 44), dividindo-se a herança quanto a esses bens particulares do de cujus em partes iguais entre a viúva e as herdeiras descendentes, recebendo por cabeça, nos termos do artigo 1.835 do Código Civil. Em outros termos, nessa classe de bens particulares do falecido, sendo duas as descendentes, caberá um terço para cada uma das filhas e outro terço para a viúva. Não se aplica, entretanto, a garantia de quota mínima equivalente à quarta parte da herança, prevista no artigo 1.832 do Código Civil, porque é ascendente de uma das herdeiras filhas com as quais concorre, porque essa situação não está prevista na norma, em que pese o espírito de proteção ao cônjuge supérstite com os quais marcados os dispositivos a respeito do tema no Código Civil em vigor, pois se o legislador não estabeleceu norma para essa situação é porque não quis fazê-lo e, como não o fez, não cabe interpretá-la em caráter extensivo, [...]” (TJSP, Agravo n° 479.172-4/8-00, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, julg. 3.4.2007). Em sentido contrário: “[...] sendo a prole só do falecido, a participação é uma; mas, se o sobrevivente for ascendente dos herdeiros com que concorrer, está abrangida a situação híbrida, devendo, pois, ser reservada sua parcela mínima de ¼ na herança, pois não fala a lei em ascendente de todos os herdeiros com quem disputar, ou único ascendente dos sucessores” (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p. 216). Em sentido contrário, v.: Silvio Venosa (2003, p. 109).

evolução doutrinária e jurisprudencial.²⁷ A inovação, todavia, deve ser compreendida com ressalvas. A natureza do regime de bens se associa ao ato jurídico formal da constituição da família, justificando-se a amplitude de seu espectro de incidência na vida patrimonial dos cônjuges em razão da publicidade derivada do registro do ato matrimonial no cartório competente, em favor da segurança de terceiros. Disso decorre que a união estável invoca a disciplina da comunhão parcial no que concerne exclusivamente à divisão dos aquestos, não já no que tange aos demais aspectos do regime patrimonial atinentes, como, por exemplo, à outorga conjugal para a alienação dos bens (art. 1.647, I, Código Civil) ou para a celebração do contrato de fiança (art. 1.647, III).²⁸

O regime de bens se afigura tipicamente vinculado ao ato-condição solene que deflagra sua validade: o casamento. Daí ter o codificador civil determinado a aplicação do regime de comunhão parcial de bens às uniões estáveis *no que couber*.²⁹ Deve se limitar, portanto, aos aspectos atinentes à solidariedade que permeia as relações familiares, especialmente no que concerne à divisão do esforço comum.

²⁷ “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. “Por analogia, adota-se para a união estável o mesmo regime oficial da comunhão parcial de bens. Esta adoção implica afirmar que os bens trazidos ao universo patrimonial anteriormente à união estável não integram o patrimônio comum” (TJRS, Ap. Civ. 70021101415, 19ª CC, Rel. Des. Guinther Spode, jul. 16.10.2007). “Quanto aos efeitos patrimoniais, determina a aplicação, no que couber, do regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725), e, assim, os companheiros passam a partilhar todo o patrimônio adquirido na constância da união, como se casados fossem” (RODRIGUES, 2007, p. 282).

²⁸ Com efeito, como afirmado em outra sede, “a expressão ‘casamento’ pode designar tanto o ato jurídico solene que estabelece a família legítima, como a relação familiar por ele criada. [...] Aí está o cerne da questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não se podem aplicar à união estável por diversidade de ratio. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio” (TEPEDINO, 2008, p. 407-408).

²⁹ Nesse sentido, a jurisprudência reconhece, acertadamente, a inexigibilidade de outorga uxória para o fiador que mantém união estável: “A circunstância de manter o fiador união estável não tem o condão de infirmar, por ausência de outorga uxória, a garantia locatícia por ele prestada, ainda que o relacionamento esteja revestido de todas as formalidades para seu reconhecimento como unidade familiar” (TJRJ, Ap. Civ. 2006.001.46102, 12ª CC, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, julg. 3.5.2007). “Rejeitada a alegação de nulidade da fiança face à ausência de outorga

Nesse sentido, estabeleceu o Código Civil (art. 1.790), no que tange à capacidade sucessória do companheiro, que

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

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

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Desde logo, questionou-se a sistematização do legislador ao inserir a disciplina da sucessão do companheiro nas disposições gerais do título I - Da Sucessão em Geral, e não no título II - Da Sucessão Legítima. Com apoio em grande parte da doutrina e da jurisprudência, argui-se, justamente, a ilegitimidade da opção codificada, na contramão da tendência de tutela das pluralidades familiares (art. 226, §3º, CF), ao conferir tratamento diferenciado no que diz respeito à sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro, resultando daí a inconstitucionalidade do artigo 1.790.³⁰ Em sentido contrário, defende-se a aplicação da

uxória. Ônus da prova. Caso concreto. Tendo o fiador se declarado como divorciado quando da assinatura do contrato de locação, embora vivesse ele em união estável, não sendo tal situação do conhecimento da locadora, é de ser considerada válida a fiança prestada” (TJRS, Ap. Cív. 70019693167, 15ª CC, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, julg. 10.10.2007).

³⁰ Confira-se em doutrina: “Em relação à sucessão hereditária, é preciso registrar que o legislador busca aqueles que continuarão as relações jurídicas pertencentes ao finado no âmbito familiar. A sucessão legítima está assentada nos vínculos familiares. [...] Por conseguinte, as normas da sucessão legítima devem incidir em todos os organismos sociais que constituem a família. [...] Entre as entidades familiares não há hierarquia, já que todas desempenham a mesma função: promover o desenvolvimento da pessoa de seus membros. Não há superioridade de uma em relação à outra, mas igualdade diante da proteção estatal (CF/1988, art. 226, caput), uma vez que a tutela da dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III) é igual para todos. Nesta proteção do Estado, integram-se as normas pertinentes à sucessão legítima. Assim, em que pese casamento e união estável constituem situações diversas, este fato não é suficiente para que a tutela na sucessão hereditária seja discrepante, conferindo-se mais direitos sucessórios a uma ou outra entidade familiar, pois ambas constituem família, base da sociedade, com especial

literalidade do artigo, restringindo-se, portanto, a expectativa sucessória do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.³¹ Em posição intermediária, com o objetivo de aumentar a proteção do companheiro em concurso com outros parentes sucessíveis, sustenta-se a aplicação da lógica do inciso III ao inciso IV do artigo 1.790, para que, no concurso com demais parentes sucessíveis, atribua-se ao companheiro direito a 1/3 (não dos bens onerosamente adquiridos,

proteção do Estado (CF/1988, art. 226, caput) e é a família o organismo social legitimador do chamamento de determinada pessoa à sucessão, em virtude do dever de solidariedade que informa as relações familiares” (NEVARES, 2006, p. 163-164). Ver, na mesma esteira: “A matéria relacionada à sucessão do companheiro recebeu tratamento legislativo inadequado e com evidentes erros de colocação. [...] Ao que parece, há preconceito no tratamento das uniões fundadas no companheirismo, a despeito da norma constitucional que considera tais uniões como famílias jurídicas. [...] Deve-se considerar, sobre o tema, que o dispositivo (art. 1.790, NCC) é inconstitucional materialmente, porquanto, no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo (art. 226, caput e §3º, da Constituição Federal), ele retira direitos e vantagens anteriormente existentes em favor do companheiro. O correto seria cuidar, em igualdade de condições às pessoas dos cônjuges, da sucessão em favor dos companheiros” (GAMA, 2003, p. 45-46). Ver também: Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2003, p. 53-54).

³¹ “A união estável não produz, como pacífico entendimento, efeitos sucessórios e nem equipara a companheira à esposa. Com o matrimônio, conhecem-se quais os legitimados à sucessão dos cônjuges. Na união estável, há regras próprias para a sucessão hereditária. 4. Sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável” (STJ, EREsp. 736627, 2ª S., Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 25.6.2008). “Sucessão da companheira. Herança. Meação. Inconstitucionalidade do art. 1790 II CC/02. Farta discussão doutrinária, que não justifica a ampliação ou redução do texto legal pelo intérprete e aplicador do direito. Inconstitucionalidade não ocorrente, na hipótese. Companheira sobrevivente que faz jus à meação e mais a metade do que couber à herdeira na partilha dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Inteligência dos art. 1725, 1790 II, 1829 I do CC/02 e do art. 226 § 3o da CF. Recurso improvido” (TJSP, Agravo de instrumento nº 498 030-4/0-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, julg. 24.5.2007). “Incabível, assim, aplicar ao caso, por analogia, o art. 1.829, I, do Código Civil. Inexiste, ademais, qualquer inconstitucionalidade no tratamento sucessório diferenciado com que são contemplados os cônjuges e os companheiros. (SEGredo DE JUSTIÇA) 3. O direito sucessório da companheira, na concorrência com descendentes, restringe-se aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, o que não é o caso aqui” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70012430351, 7ª CC, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julg. 5.10.2005).

mas) da totalidade da herança.³² A orientação, embora destinada a ampliar os direitos do companheiro, admite acriticamente o concurso deste com parentes colaterais. Estes, como se sabe, são chamados à sucessão legítima em ordem inferior à do cônjuge sobrevivente, com o qual, portanto, jamais concorrem (arts. 1.829, incisos III e IV).

Em recente manifestação sobre o tema, definiu o Superior Tribunal de Justiça que, na hipótese de concorrência com os descendentes do *de cuius*, garante-se ao companheiro participação em todos os bens onerosamente amealhados durante a convivência, sem, contudo, franquear-lhe qualquer vocação sobre os bens particulares do falecido.³³ Tal decisão, evidentemente, restringe-se à hipótese de concorrência do companheiro com descendentes, sendo indiscutível a vocação do companheiro sobre a totalidade da herança na sucessão *ab intestato*, em que inexistente concurso com descendentes ou ascendentes. Por outro lado, mostra-se também indiscutível a indisponibilidade da legítima na presença de companheiro, o qual não pode ser afastado da vocação hereditária por disposição testamentária (art. 1.850, Código Civil).

³² Para além da proteção distinta estabelecida pelo Código Civil para herdeiros de mesma classe (cônjuge e companheiro), a constitucionalidade da previsão tem sido questionada: o concurso do companheiro com parentes colaterais (de até quarto grau de classe distinta) do *de cuius* se mostra drasticamente inferior à conferida ao cônjuge. Confira-se: Carine Silva Diniz (2008, p. 7010); Maria Berenice Dias (2008, p. 181). Em jurisprudência: “Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70024715104, 8ª CC, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 7.8.2008).

³³ “O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do *de cuius* 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. [...] Frise-se que essa divisão diz respeito apenas ao patrimônio adquirido onerosamente depois da união estável. O patrimônio particular do falecido não se comunica com a companheira, nem a título de meação, nem a título de herança. Tais bens serão integralmente transferidos à filha” (STJ, REsp 1.117.563, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 17.12.2009).

Com efeito, não obstante a infeliz literalidade do artigo 1.845,³⁴ posição majoritária tem-se inclinado a considerar o companheiro herdeiro necessário no Código Civil. Entretanto, tem-se limitado a base de cálculo da sucessão do companheiro aos bens onerosamente adquiridos, desde que em concurso com ascendentes ou descendentes, não se aperfeiçoando, segundo essa tendência, a igualdade constitucional em face do cônjuge.

O controvertido artigo 1.790 há de ser interpretado à luz da legalidade constitucional. Embora ao legislador seja reservada liberdade para o estabelecimento da ordem e dos graus da vocação hereditária, mostra-se incompatível com o princípio da isonomia a diferenciação entre cônjuge e companheiro, este relegado à base de cálculo diferenciada, à posição distinta em relação aos descendentes e, finalmente, à concorrência com parentes sucessíveis de ordem sucessória mais afastada do que o cônjuge (colaterais).

Daqui concluir-se por injustificada a distinção imposta pelo art. 1.790 ao regime sucessório do companheiro vis-à-vis ao do cônjuge. E ainda que se admitisse como legítima a distinção entre as bases de cálculo do cônjuge e do companheiro no que se refere ao concurso com outros parentes sucessíveis, por meio da interpretação combinada dos incisos III e IV do artigo 1.790, é de se considerar o companheiro herdeiro necessário em relação à totalidade da herança.

Finalmente, ainda 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

³⁴ “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e os cônjuges”.

conta a analogia com o art. 1.831 do Código Civil, que assegura tal direito ao cônjuge.³⁵

3 Proposições conclusivas, aprovadas à unanimidade pelo Plenário da XXI Conferência Nacional dos Advogados

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;

O art. 1790 do Código Civil, por estabelecer discrimen injustificado em desfavor do companheiro na sucessão hereditária em cotejo com o cônjuge, deve ser considerado inconstitucional, recomendando-se ao Conselho Federal a arguição de inconstitucionalidade em controle concentrado.³⁶

³⁵ Em apoio à interpretação analógica, pode ser invocado entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, no regime anterior, estendeu ao cônjuge o direito real de habitação previsto para o companheiro pela Lei 9.278/1996: "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" (STJ, REsp. 821.660, 3ª T., Rel. Des. Sidnei Beneti, julg. 14.6.2011).

³⁶ Nesse sentido, recente decisão do TJRJ: "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, Ap. Civ. 0032655-40.2011.8.19.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, julg. 11.6.2012).

Referências

ANTONINI, Mauro. Comentário ao art. 1.829. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**. Barueri: Manole, 2008.

ARMANDO NETTO, J. Usufruto do cônjuge viúvo: interpretação do §1º do art. 1.611 do código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 435, p. 41-46, 1972.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958. v. 6.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. O novo código civil: sucessões: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002: a nova ordem de vocação hereditária. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 57, p. 40-61, 2003.

CHAVES, Antônio. O usufruto vidual instituído pela lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 470, p. 55-70, 1974.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil: parte especial: do direito de família: arts. 1.591 a 1.710**. Coordenado por Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

COMEL, Wilson J. Cônjuge sobrevivente, herdeiro concorrente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 820, p. 50-60, 2004.

DIAS, Maria Berenice. O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 385-389, 2006.

_____. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

_____. **Ponto e vírgula**. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 18 maio 2011.

DINIZ, C. S. A salvaguarda dos direitos dos cônjuges e dos companheiros na perspectiva civil-constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008. v. 1. p. 689-713.

GAMA, G. C. N. da. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.

GAMA, G. C. N. da et al. **Comentários ao código civil brasileiro: do direito de família (direito patrimonial)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Belo Horizonte, v. 7, n. 29, p. 88-127, 2005.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Org.). **Novo código civil: questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2003. v. 1. p. 445-460.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 9.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo, n. 36, p. 139-169, 2006.

OLIVEIRA FILHO, J. de. Usufruto do cônjuge viúvo: interpretação do §1º do art. 1.611 do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 444, p. 54-65, 1972.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6.

_____. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948. t. 3.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEMAS DE DIREITO CIVIL. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 1, p. 325-346.

_____. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VELOSO, Zeno. Novo código civil: sucessão dos cônjuges. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 98, p. 234-246, 2008.

WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZEBULUM, José Carlos. **O regime de participação final nos aqüestos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Recebido em: 11/07/2012

Aprovado em: 27/07/2012