



Instituto Brasiliense de Direito Público

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Privado

DANIELE CRISTINA MANRIQUE MORENO

DIREITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL

**BRASÍLIA – DF
JUNHO/2007**

DANIELE CRISTINA MANRIQUE MORENO

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA UNIÃO
ESTÁVEL**

Monografia apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP),
Brasília, Distrito Federal, para a obtenção
do título de especialista em *Direito Privado*.

Orientador: Hércules Alexandre da Costa Benício

**BRASÍLIA – DF
JUNHO/2007**

Resumo

O presente trabalho trata dos direitos sucessórios dos companheiros. Primeiro, examina o assunto sob o ponto de vista histórico, ao apresentar o gradativo reconhecimento de efeitos jurídicos aos que viviam em uniões informais no período anterior à Constituição Federal de 1988. Em seguida, mostra como ocorreu a regulamentação da sucessão *causa mortis* na união estável, pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, e as modificações trazidas pelo novo Código Civil. Finalmente, são analisados os dispositivos do novo ordenamento civil e as orientações jurisprudenciais que estão se formando, com o objetivo de buscar uma interpretação que proteja a entidade familiar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1:	
Breve histórico das uniões informais no período anterior à Constituição Federal de 1988.....	8
CAPÍTULO 2:	
União estável: configuração e aspectos controvertidos	12
2.1 A configuração da união estável	12
2.2 Aspectos controvertidos	
2.2.1 A definição do termo inicial da união estável, quando de sua conversão em casamento.....	15
2.2.2 Relação homoafetiva.....	16
CAPÍTULO 3:	
Evolução legislativa dos direitos sucessórios dos companheiros e o novo Código Civil	20
3.1. Possibilidade de aplicar analogia entre o casamento e a união estável.....	23
3.2. O companheiro como herdeiro necessário	26
3.3. Direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família ..	28
CAPÍTULO 4:	
O art. 1.790 do novo Código Civil.....	33
4.1 A limitação da sucessão aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável	33
4.2 Concorrência do companheiro na sucessão dos descendentes	34
4.3 Concorrência do companheiro e outros parentes sucessíveis	36
4.4 Destino da herança quando não houver parentes sucessíveis	37
4.5 A constitucionalidade do novo Código Civil e a questão da equiparação da união estável ao casamento	39
CAPÍTULO 5:	
Atualidades	
5.1 Inventário por Via Administrativa: Aplicação à União Estável	44

5.2 Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional sobre a sucessão <i>causa mortis</i> decorrente de união estável.....	45
CONCLUSÃO	49
Referências bibliográficas	51

INTRODUÇÃO

No século XX houve uma mudança nos costumes, nos valores e nas expectativas das pessoas em relação à vida, que culminaram em alterar o conceito de família. Isso fez com que o direito tivesse que se adaptar à nova realidade social, tanto no âmbito do direito de família como no direito das sucessões.

A Constituição Federal de 1988 representa um importante marco nessa evolução, porque reconheceu as uniões informais como entidades familiares, com o nome de união estável, e ampliou o conceito jurídico de família, que, hoje em dia abrange, além da formada pelo casamento, a que decorre de união estável e a família monoparental, formada por um dos pais e seus filhos.

O reconhecimento pela legislação e a regulamentação da união estável é fenômeno recente que trouxe diversas implicações nas relações sociais. É também uma das mais importantes alterações ocorridas no direito civil moderno.

O fato de a legislação conceder aos companheiros direitos equivalentes aos que se originam das relações matrimoniais, como direito a alimentos e à partilha do patrimônio do casal, contribuiu para o aumento do número de uniões informais no país. Não há dados estatísticos seguros, mas estima-se que entre 1990 e 2000 houve um aumento de 90% no número de uniões extramatrimoniais (ZAKABI, 2007, p. 117).

Em relação à sucessão por morte, a partir da Carta Magna de 1988 passou-se a questionar sobre o direito de herança dos companheiros, o que finalmente foi reconhecido e regulado pelas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996.

Mas o Código Civil de 2002 estabeleceu um novo regime jurídico para a sucessão dos companheiros, diferente daquele previsto na legislação anterior, trazendo novos problemas para os participantes dessa entidade familiar e novas questões para os estudiosos do direito.

Os doutrinadores têm opiniões divergentes sobre os dispositivos do novo Código que se referem à sucessão *causa mortis* na união estável; cada doutrinador tem um entendimento diferente sobre a interpretação dessas regras. Além disso, como o novo ordenamento civil é muito recente, alguns Tribunais Estaduais ainda não chegaram a julgar processos que tratam de sucessão aberta em sua vigência.

Há, porém, Tribunais que têm entendido que os dispositivos do novo Código sobre a sucessão dos companheiros são inconstitucionais, posição com a qual não concordamos e que será examinada em capítulo próprio.

Atualmente, há muitas opiniões diferentes sobre o assunto, o que gera incerteza e prejudica o exercício dos direitos civis.

A união estável é instituto de grande importância para a sociedade, eis que parte significativa da população brasileira vive sob suas regras. Por isso é imprescindível o estudo das diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais e a fixação de uma delas, para a segurança das famílias.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os dispositivos do novo Código Civil sobre os direitos sucessórios dos companheiros, apresentar as principais dificuldades na aplicação dessas regras e buscar uma interpretação que garanta a proteção da entidade familiar e promova segurança jurídica. Para isso, em primeiro lugar vamos traçar a evolução jurisprudencial até a regulamentação da união estável. Depois, analisaremos como ela foi definida na legislação especial e no Código Civil de 2002. Também examinaremos os direitos sucessórios que foram estabelecidos nas primeiras leis que trataram da união estável, e as mudanças trazidas pelo novo Código Civil. Passaremos então a interpretar as regras do novo ordenamento civil e analisar a jurisprudência sobre a matéria. Finalmente, daremos notícia sobre os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que tratam da alteração das regras sobre a sucessão dos companheiros.

Capítulo 1

Breve histórico das uniões informais no período anterior à Constituição Federal de 1988

Antes da instituição do casamento civil no Brasil, regulado pelo Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, a convivência extramatrimonial entre homem e mulher gerava direitos em favor das pessoas nela envolvidas.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo (2003, p. 152-153), na época das Ordenações do Reino existiam o casamento religioso, o casamento por escritura pública, com duas testemunhas, e o casamento de fato ou clandestino, pela simples convivência como marido e mulher.

Ao lado dessas formas de constituição, havia o concubinato, sempre incestuoso ou adúlterino, o que explica o sentido pejorativo que acompanhou essa palavra mesmo quando ela passou a ser aplicada aos casos em que não havia impedimentos para o matrimônio.

Após o Decreto nº 181/1890, e com a promulgação da Constituição Federal de 1891, que elegeu o casamento civil como a única forma capaz de gerar efeitos jurídicos, as pessoas que viviam em uniões não matrimonializadas passaram a viver em uma situação irregular.

Não havia nenhuma regulamentação para as uniões informais, então chamadas de concubinato, que permaneceram à margem da lei. Na primeira metade do século XX, a ordem jurídica ignorava o concubinato e a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, negava direitos patrimoniais aos concubinos.

O Código Civil de 1916 não regulou as relações entre os concubinos. Poucas são as referências ao concubinato feitas por esse ordenamento civil e quase sempre para restringir direitos, como por exemplo as discriminações contra a filiação fora do casamento, considerada ilegítima. A única referência favorável era o art. 363, inciso I, que mencionava o concubinato como presunção para a investigação de paternidade, mas que excluía a possibilidade do reconhecimento da filiação no caso de pessoas com impedimentos matrimoniais absolutos, previstos nos art. 183, I a VI, desse Código.

Avanços na doutrina e na jurisprudência alteraram essa situação. Euclides de Oliveira relata que:

Mesmo antes das mudanças ocorridas na esfera legislativa, a questão da vida concubinária já evoluía em outras direções, desde seu reconhecimento como fato gerador de direitos entre as partes, como pioneiramente sustentado por EDGARD DE MOURA BITTENCOUT, em sua monumental obra ‘Concubinato’, abrindo caminho ao reconhecimento judicial da sociedade de fato estabelecido entre pessoas unidas por laços distintos dos vínculos conjugais.

Igualmente notável o trabalho desenvolvido pelo jurista ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, com proposta concreta de anteprojeto regulando as uniões extraconjugais, em diversos escritos, com destaque para as obras Do concubinato ao casamento de fato e, mais recentemente, Estatuto da Família de Fato.

As alterações se fizeram sentir também na jurisprudência de nossos tribunais, com admissão de efeitos patrimoniais à chamada sociedade de fato decorrente de uniões concubinárias. (2003, p. 76).

Em 1964, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado nº 380 da Súmula de sua Jurisprudência, com o seguinte teor:

“Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Nesse período, os tribunais entendiam que o concubinato não originava sempre o direito à partilha dos bens; somente havia esse direito quando caracterizada sociedade de fato entre os concubinos, que se configurava quando, além da vida em comum, ocorresse aquisição de bens durante a convivência e esforço conjunto para a formação do patrimônio, isto é, colaboração financeira em termos de capital ou de trabalho.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira:

Em 1977, um outro julgado do STF marcou uma nova fase jurisprudencial para o Direito Concubinário Brasileiro:

‘1. Deve distinguir-se no concubinato a situação da mulher que contribui, com o seu esforço ou trabalho pessoal, para formar o patrimônio comum, de que o companheiro se diz único senhor, e a situação da mulher que, a despeito de não haver contribuído para formar o patrimônio do companheiro, prestou a ele serviço doméstico, ou de outra natureza, para o fim de ajudá-lo a manter-se no lar comum. Na primeira hipótese, a mulher tem o direito de partilhar com o companheiro o patrimônio que ambos formaram; é o que promana dos arts. 1.303 e 1.366 do Código Civil, do art. 673 do C. Pr. Civil de 1939, e do verbete 380 da súmula desta corte, assim redigido: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Na segunda hipótese, a mulher tem o direito de receber do companheiro a retribuição devida pelo serviço doméstico a ele prestado, como se fosse parte num contrato civil de prestação de serviços, contrato esse que, ressamidamente, outro não é senão o bilateral, oneroso e consensual definido nos arts. 1.216 e seguintes do Código Civil, isto é, como se não estivesse ligada, pelo concubinato, ao companheiro. 2. Quantum

da remuneração devida à companheira. Como se calcula no caso. 3. Recurso extraordinário provido.’

A doutrina acabou fazendo uma classificação para o trabalho da concubina: o apto para gerar partilha patrimonial e aquele que gera, tão-somente, indenização por serviços prestados.(2004, p. 31/32).

Posteriormente, a evolução da concepção de sociedade de fato passou a atribuir um conteúdo econômico ao trabalho doméstico, surgindo orientação jurisprudencial e doutrinária no sentido de que a permanência da mulher no lar, realizando apenas serviços domésticos, era suficiente para gerar direito à partilha do patrimônio formado pelo concubino.

Quanto aos direitos sucessórios, a ordem de vocação hereditária legítima prevista no Código Civil de 1916 não permitia o direito à herança entre concubinos. Somente era possível beneficiar o companheiro por disposição testamentária.

Foi, então, promulgada a atual Constituição Federal, em 1988, que elevou a união extramatrimonial ao *status* de família, dando-lhe o nome de união estável. Diz o art. 226, § 3º, da Carta Magna:

“§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

A Constituição Federal abriu caminho para a regulamentação da união estável, que foi levada a efeito pelas Leis nº 8.971/1994 e Lei nº 9.278/1996.

Consolidou-se na doutrina e na jurisprudência orientação de que o esforço comum, para a partilha do patrimônio, poderia tanto ser direto, pela realização de trabalho de natureza econômica, como indireto, pela prestação de serviços domésticos, conservação do patrimônio e apoio moral ao companheiro. Essa posição foi adotada pela Lei nº 8.971/1994 e pelo Código Civil de 2002, no art. 1.725.

Em relação à sucessão *causa mortis*, a posição predominante, antes da regulamentação da união estável pelas citadas leis, era no sentido de que a Constituição Federal não conferiu direito de herança ao companheiro sobrevivente, porque não houve equiparação da união estável ao casamento. Com a regulamentação da união estável, isso se alterou. A Lei nº 8.971/1994, em seu art. 2º, estabeleceu direito de herança sobre os bens do companheiro falecido, e a Lei nº 9.278/1996, direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, sobre o imóvel residencial da família.

Esse foi o caminho percorrido até a regulamentação das uniões informais. Agora, veremos como a união estável foi definida pela legislação, quais seus elementos caracterizadores e seu conceito no novo Código Civil. É o assunto do capítulo seguinte.

Capítulo 2

União estável: configuração e aspectos controvertidos

Nos capítulos anteriores, vimos que a união estável é instituto de grande importância para a sociedade e a relevância de seu estudo para o Direito. Discorreremos também sobre a jurisprudência que se formou até sua regulamentação. Passaremos a examinar os requisitos para a caracterização da união estável, nas leis que a regulamentaram antes do novo Código Civil e no novo ordenamento civil.

É importante estabelecer os critérios de configuração do instituto, para estabelecer o substrato sobre o qual incidirão as regras que estudaremos sobre a sucessão por morte de um dos companheiros. Pressuposto para sua incidência é a caracterização de uma convivência apta a gerar os efeitos próprios da união estável, pelo preenchimento dos seus requisitos de constituição.

Serão breves as considerações aqui trazidas, suficientes apenas para traçar as linhas gerais desse instituto e apresentar algumas questões controvertidas sobre sua caracterização.

2.1 A configuração da união estável

A Lei nº 8.971/1994, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, estabeleceu as condições para que os companheiros pudessem se valer dos direitos nela relacionados. Diz seu art. 1º:

“Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.”

O art. 2º dessa lei exigia, como pressuposto para participação na herança do companheiro falecido, os mesmos requisitos do art. 1º.

Ainda recentes as discussões sobre a interpretação dessa lei, foi publicada a Lei nº 9.278/1996, que trouxe nova definição ao instituto:

“Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

O novo Código Civil trouxe conceito bastante similar ao da Lei 9.278/96:

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Assim, atualmente pode-se caracterizar a união estável independentemente de transcurso de prazo fixo, ou da existência de prole.

Rodrigo da Cunha Pereira comenta as implicações decorrentes da não fixação de prazo para a existência da união estável, dizendo: *“Esse não prazo para a caracterização da união estável é uma evolução. É que uma relação de dez ou vinte anos pode não ser estável. Por outro lado, um ou dois anos pode ser tempo suficiente para a formação de uma família. Em outras palavras, não é o tempo que irá, por si só, caracterizar ou descaracterizar a estabilidade da união. A caracterização da união estável está atrelada a vários outros elementos que, em seu conjunto, trará a idéia de família.”*(2004, p. 52)

Não sendo o lapso de tempo de duração que caracterizará uma convivência como união estável, quais são os elementos que a evidenciam? Os dispositivos do Código Civil de 2002 aponta os seguintes: convivência contínua, pública e duradoura; objetivo de constituir família; inexistência de impedimentos matrimoniais, com exceção no caso de um dos concubinos encontrar-se separado de fato ou judicialmente.

Sem esses requisitos, não se configura a união estável. Contudo há casos em que o relacionamento, apesar de duradouro e estável, é um longo namoro. A verificação da existência da união estável depende do exame de cada caso concreto e de vários fatos que, somados, indicarão a existência de uma família.

O fundamento da união estável é o intuito de constituição de família. Esse é o requisito que a diferencia de um namoro ou de uma relação aberta, porque nesses não há aquele objetivo.

A vida em comum sob o mesmo teto é um dos elementos que, somado a outros, vão evidenciar a existência de união estável. Entretanto não é requisito essencial. Há casos em que pode existir a comunhão de vida e estabilidade do vínculo sem que os companheiros vivam numa mesma casa, como na hipótese de um deles ter filhos que não aceitam o relacionamento de seu genitor. Mesmo porque a coabitação não foi elencada no art. 1.724, do Código Civil de 2002, entre os deveres pessoais dos companheiros.

Além disso, a união estável não se configura quando um dos companheiros for casado e não estiver separado de fato ou judicialmente, como também não é possível que uma pessoa constitua duas uniões estáveis simultaneamente, pela quebra do dever de respeito mútuo.

Vejamos algumas decisões sobre o tema:

CIVIL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS DE CONFIGURAÇÃO. PROVA.

1. São requisitos para a configuração da união estável a convivência pública, contínua e duradoura, entre homem e mulher, e com o objetivo de constituição de família.
2. Os documentos coligidos aos autos não devem ser interpretados de maneira isolada, mas em consonância com todo o conjunto probatório produzido.
3. Se as provas coligidas aos autos demonstram à saciedade a efetiva participação de um companheiro na vida do outro e a convivência contínua e duradoura dos companheiros perante terceiros, não há como afastar a configuração da união estável.
4. A união estável prescinde da coabitação entre os companheiros, à míngua de exigência legal e consoante entendimento consolidado pelo enunciado nº 382 do Supremo Tribunal Federal, de tal sorte que o fato de a autora ter residido ou não com o falecido durante todo o período indicado não tem o condão de descaracterizar o relacionamento.
5. As brigas entre casais são por muitas vezes comuns e a despeito de serem rotineiras também não descaracterizam por si só a natureza do relacionamento.
6. Recurso parcialmente provido.(Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Apelação Cível 20040710027763, Relator Des. Flávio Rostirola, 1ª Turma Cível, julgado em 11/04/2007, DJ de 03/05/2007).

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EFEITO PATRIMONIAL. HERANÇA. Comprovada por prova documental e oral robusta a existência da união estável entre a autora e o falecido, e não de mero namoro como aduziu o réu, já que o relacionamento era público, duradouro, notório e com o objetivo de constituir família, mantém-se a procedência da ação, bem como o direito da autora à totalidade da herança do companheiro, ante a inexistência de herdeiros necessários dele (art. 2.º, III, Lei n.º 8.971/94). Apelação desprovida. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70016448706, Relator Des. José

Ataídes Siqueira Trindade, Oitava Câmara Cível, Julgado em 14/09/2006, DJ de 07/12/2006)

2.2 Aspectos controvertidos

2.2.1 A definição do termo inicial da união estável, quando de sua conversão em casamento

A Constituição Federal contém determinação no sentido de que a lei facilite a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º).

O novo Código Civil trata do assunto de forma genérica:

“Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”

Nesse contexto, fica a dúvida sobre o procedimento a se adotar.

Os Estados da Federação baixaram normas administrativas para regular o procedimento e o registro das conversões em casamento, sendo que em alguns Estados admite-se que conste da certidão de conversão a data de início da convivência, enquanto outros proibem que conste essa informação.

No Estado do Rio Grande do Sul, o Provimento 027/03- CGJ, alterado pelo Provimento 039/03-CGJ, estabelece procedimento em que é obrigatória a realização de audiência para que o juiz ouça os companheiros e testemunhas, que serão indagados sobre a união estável e a existência de impedimentos matrimoniais. O juiz, a pedido dos requerentes, poderá fixar o prazo a partir do qual a união estável restou caracterizada (Cahali, 2004b, p. 220/221).

No Estado de Mato Grosso do Sul, o Provimento 07/03-CGJ também prevê realização de audiência para ouvir os requerentes e testemunhas, que poderá ser dispensada se os companheiros declararem a inexistência de impedimentos matrimoniais e comprovarem a união estável por prova documental. A requerimento dos conviventes, o juiz fixará o termo inicial da união estável, que constará do assento (Cahali, 2004a, p. 264/267). Rito semelhante é observado no Estado de Minas Gerais (Provimento 133/2005 – CGJ – www.tjmg.gov.br).

No Distrito Federal, o art. 433 do Provimento Geral da Corregedoria do TJDFT dispõe que a conversão da união estável em casamento depende de prévia homologação judicial, em procedimento restrito em que não há audiência nem oitiva de testemunhas. Por isso, nos processos de habilitação, o juiz da Vara de Registros Públicos determina que a certidão não deverá conter a data de início da união estável.

Ora, o tempo de convivência anterior ao matrimônio continua valendo como união estável, sujeito às normas da legislação correspondente, por exemplo, quanto à divisão dos bens havidos em comum durante esse período. Isso também é relevante para a definição dos direitos sucessórios, porque para efeito de cálculo da meação serão levadas em consideração, quanto a esse período anterior ao matrimônio, as regras da união estável. Por isso, é importante determinar a data em que o relacionamento teve início. Seria melhor que a certidão de conversão em casamento trouxesse a definição da data em que começou a convivência, para prevenir litígios futuros.

2.2.2. Relação homoafetiva

Recentemente, muito se tem discutido sobre os direitos advindos das relações homossexuais. Não é nossa intenção abordar o assunto com profundidade, mas apenas dar uma noção sobre o tema da possibilidade de se aplicar à união homoafetiva o regime jurídico previsto para a união estável. Caso se entenda que isso seja possível, todos os direitos aplicáveis a esse instituto também se estenderiam àquela, inclusive no campo dos direitos sucessórios. Por outro lado, a corrente que entende que ela não configura união estável traz como consequência o fato de que não há direito de herança, quer dizer, não há direito de herança na vocação legítima, porque sempre há a possibilidade de disposição dos bens por testamento, obedecida a legítima dos herdeiros necessários.

Alguns estudiosos argumentam que os relacionamentos homoafetivos não configuram união estável:

Por assemelhação com a figura do casamento, a união estável somente tem reconhecimento constitucional e legal quando decorra do relacionamento entre homem e mulher (Euclides Benedito de Oliveira, 2003, p. 126)

A união estável não abarca a união homossexual, pois, por conceituação constitucional, que se projetou no art. 1º da Lei n. 9.278/96 e no art. 1.723 do novo Código Civil, é a convivência ‘entre o homem e a mulher’. (Álvaro Villaça Azevedo, 2003, p. 254)

De outro lado, há aqueles que estendem os efeitos jurídicos da união estável às uniões homoafetivas:

O relacionamento entre homossexuais deve ser tutelado pelo Direito, pois entre pessoas do mesmo sexo pode surgir uma união de vida baseada na existência de um relacionamento afetivo, pautado por assistência mútua e solidariedade, análogo ao de relações heterossexuais. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que vigora para o CCB 2002 permite o uso da analogia, costumes e princípios gerais do Direito. Por isso, deve-se recorrer a uma hemenêutica analógica à união estável, de modo que os efeitos pessoais e patrimoniais sejam aplicados, também, às uniões homoafetivas. O Direito não pode se esquivar do exame da questão atinente à matéria, mesmo não havendo regra expressa neste sentido. Se a situação não é prevista em lei, não significa que ela esteja à margem do Ordenamento Jurídico. A função judicial é assegurar os direitos, e não proibi-los, pelo fato de que determinada conduta ou postura não se enquadra no que denominamos de ‘normal’.

[...]

Entendo, portanto, através de uma interpretação analógica e uma hemenêutica contemporânea onde a exclusão não tem mais lugar, que deve-se aplicar às uniões homossexuais os mesmos efeitos decorrentes da união estável. Uma vez configurada a união homoafetiva, aplica-se o estatuto patrimonial estabelecido pelo regime da comunhão parcial de bens, por força do art. 1.725. (Rodrigo da Cunha Pereira, 2004, p. 67 e 71)

Na jurisprudência, uma corrente entende que os relacionamentos homoafetivos apenas podem configurar sociedade de fato. Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.

1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.

2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares.

3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.

4. Recurso especial não conhecido.

(Superior Tribunal de Justiça, RESP 502995/RN, Relator Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em 26/04/2005, DJ de 16/05/2005)

Outra corrente reconhece direitos de família e sucessórios à união entre homossexuais, como se vê da ementa do seguinte acórdão:

UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Pela dissolução da união havida, caberá a cada convivente a meação dos bens onerosamente amealhados durante a convivência. Falecendo a companheira sem deixar ascendentes ou descendentes caberá à sobrevivente a totalidade da herança . Aplicação analógica das leis nº 8.871/94 e 9.278/96. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70006844153, Relator Des. Catarina Rita Krieger Martins, Oitava Câmara Cível, Julgado em 18/12/2003)¹

O Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo alguns direitos advindos desses relacionamentos. A Sexta Turma desse Tribunal decidiu pela concessão de benefício previdenciário de pensão por morte ao companheiro de segurado falecido, em acórdão que tem a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

[...]

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

" Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º. "

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial

¹ Veja, também: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70012836755, Relator Des. Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Cível, Julgado em 21/12/2005, DJ de 28/12/2005.

expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento.

9 - Recurso Especial não provido.

(Superior Tribunal de Justiça, RESP 395904/RS, Relator Min. Hélio Quágua Barbosa, 6ª Turma, julgado em 13/12/2005, DJ de 06/02/2006)

No Recurso Especial 238.715/RS, em que se discute a inclusão como dependente em plano de saúde, a Terceira Turma dessa Corte decidiu pela possibilidade da inclusão do companheiro homossexual, sob o fundamento de que é possível aplicar a analogia entre os relacionamentos homoafetivos e a união estável. O acórdão tem a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL E CIVIL – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF – UNIÃO HOMOAFETIVA – INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – POSSIBILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.

(Superior Tribunal de Justiça, RESP 238715/RS, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 07/03/2006, DJ de 02/10/2006).

Entendemos que é possível aplicar os direitos previstos para união estável, à união homoafetiva, pelos fundamentos mencionados na doutrina e jurisprudência supra referidas. Portanto, a ela se aplicam as conclusões que adiante trataremos sobre os direitos sucessórios dos companheiros.

Capítulo 3

Evolução legislativa dos direitos sucessórios dos companheiros e o novo Código Civil

A Lei nº 8.971/1994 estabeleceu direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, como já mencionado anteriormente. Seu art. 2º tratou da sucessão por morte de um dos companheiros, concedendo ao sobrevivente o usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos deste ou comuns, enquanto não constituísse nova união, e usufruto de metade, se sobrevivessem apenas ascendentes do falecido; não havendo descendentes nem ascendentes o companheiro teria direito à herança toda.

Para a participação na herança, essa lei exigia a convivência por cinco anos ou a existência de filhos comuns.

Pouco tempo depois, em 1996, foi publicada a Lei nº 9.278, que, ao contrário da anterior, não mencionava prazo mínimo de vida em comum nem a existência de filhos para a caracterização da união estável. Em relação à sucessão, não se referiu ao usufruto sobre os bens da herança nem à ordem de vocação hereditária, previstos na lei anterior, apenas tratou do direito real de habitação, que concedeu ao sobrevivente sobre o imóvel destinado à residência do casal, enquanto vivesse ou não constituísse nova união estável ou casamento (art. 7º).

Como a Lei de 1996 não revogou expressamente a lei anterior, ficou a dúvida sobre o regime jurídico aplicável às uniões de fato. A opinião dominante era a de que as duas leis continuavam em vigor, complementando-se, uma vez que a lei posterior não regulou inteiramente a matéria. As disposições da Lei nº 8.971/94 que fossem incompatíveis com a lei nova foram derogadas.

Portanto, antes do novo Código Civil este era o panorama aplicável à união estável, no que se refere à sucessão: a) havendo filhos do falecido ou comuns, o companheiro sobrevivente teria direito ao usufruto de $\frac{1}{4}$ (um quarto) dos bens do *de cujus*, enquanto não constituísse nova união (art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.971/94); b) não havendo filhos do autor da herança, mas apenas ascendentes, o sobrevivente teria direito ao usufruto da metade dos bens do autor da herança (art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.971/94); c) o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança, na falta de descendentes e ascendentes (art. 2º, inc. III, da Lei

nº 8.971/94); d) sem prejuízo da participação na herança, teria ainda direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento (art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96).

O Código Civil de 2002 alterou essas regras, dispondo sobre os direitos dos companheiros à sucessão da seguinte forma:

Art. 1790. A companheira ou 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 1/3 (um terço) da herança;

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

Além disso, o novo Código não previu direito de usufruto sobre a herança nem direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família, como fazia a legislação anterior. E o companheiro não foi relacionado como herdeiro necessário, ao contrário do cônjuge, que foi elevado a essa qualidade pelo artigo 1.845 do novo Código Civil, ao lado dos descendentes e ascendentes.

O Código Civil de 2002 poderia ter incorporado as regras de direito sucessório da legislação sobre a união estável e a jurisprudência consolidada sobre a matéria, mas desconsiderou a evolução dos direitos dos companheiros à sucessão, que ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988.

Isso se deu porque o Projeto de Código Civil é de 1975, época em que havia divergência sobre os direitos que a convivência extramatrimonial originava e nenhuma normatização sobre a matéria. O art. 1.790 decorreu de emenda posterior, feita antes da Constituição Federal de 1988 e do reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Em valioso artigo sobre os direitos sucessórios na união estável, Zeno Veloso fala sobre o processo de elaboração do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Diz esse autor:

No Projeto de Código Civil, aprovado, com emendas, em 1984, pela Câmara dos Deputados, não havia nenhum dispositivo que regulasse a sucessão entre companheiros. Quando tramitava no Senado, o Senador Néelson Carneiro apresentou a emenda n. 358, claramente inspirada no art. 668 do Projeto Orlando Gomes (revisado por Orosimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira), com vistas a suprir a lacuna. A emenda tem data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 e,

obviamente, à entrada em vigor das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96. O relator-geral, senador Josaphat Marinho, deu parecer favorável à emenda, mas apresentou subemendas e o texto foi aprovado pelo Senado, na forma seguinte:

Art. 1.802. Na vigência da união estável, a companheira, ou o companheiro, participará da sucessão do outro, 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.

Em obediência ao art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal, o Projeto de Código Civil foi enviado, em 16 de dezembro de 1997, à Câmara dos Deputados (Casa iniciadora). O relator-geral na Câmara, deputado Ricardo Fiúza, apresentou proposição com vistas a mudar o *caput* do artigo aprovado pelo Senado para inserir a locução “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, e não ofereceu qualquer modificação aos quatro incisos do mesmo artigo, aprovados pelo Senado. O *caput* do dispositivo, que teve a numeração alterada, ficou assim:

Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, nas condições seguintes[:...]. (2001, p. 241).

Diante das mudanças que o novo Código operou em relação ao direito em vigor antes de sua publicação, a análise das novas regras é necessária para que verifiquemos se as alterações favoreceram o companheiro ou, se, ao contrário, configuram retrocesso em relação aos direitos que a união estável conquistou no decorrer do século XX. Isso será feito pela interpretação do art. 1.790 do Código Civil de 2002 e estudo das conseqüências de sua aplicação.

Para traçar o panorama completo dos direitos sucessórios dos companheiros precisamos também falar sobre o direito real de habitação e a condição de herdeiro necessário, que foram previstas para o cônjuge sobrevivente, e a possibilidade de sua aplicação aos companheiros.

Quanto ao usufruto, o Código Civil de 2002 revogou a lei especial que estabelecia esse direito real em favor do companheiro, sobre os bens do *de cuius*. Além disso, o novo Código Civil também não concedeu o usufruto vidual ao cônjuge, ao revogar o art. 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916, razão pela qual não se pode falar em analogia com a situação deste.

3.1. Possibilidade de aplicar a analogia entre o casamento e a união estável

Discorreremos sobre os direitos sucessórios concedidos aos companheiros após a Constituição Federal de 1988 e vimos que o novo Código Civil modificou o regime jurídico anterior. Passaremos a analisar detalhadamente as modificações introduzidas e interpretar os novos dispositivos legais sobre a sucessão *causa mortis*. Mas, antes de entrar nessa seara, é imprescindível estabelecer se é cabível a analogia entre o casamento e a união estável. Isso, porque há diferenças entre os direitos sucessórios concedidos aos companheiros e os concedidos aos casados, sendo que alguns direitos foram concedidos apenas ao cônjuge sobrevivente. É necessário examinarmos quando a analogia é aplicável e se ela é aplicável entre esses dois institutos.

Especificamente, buscaremos, por meio das conclusões desse capítulo, responder se é possível aplicar analogia com a situação do cônjuge, quanto ao direito real de habitação, e se o companheiro pode ser considerado herdeiro necessário, quando tratarmos desses assuntos posteriormente. Para isso, trataremos da analogia, seus pressupostos e aplicação à união estável.

Segundo Carlos Maximiliano, “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.”(1998, p. 208). É uma das formas de integração do ordenamento jurídico, pela qual o mesmo princípio contido numa regra é estendido a hipóteses não previstas, desenvolvendo-se as disposições existentes e aplicando-as a relações semelhantes na essência. Funda-se na igualdade jurídica, a qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes.

De acordo com Maria Helena Diniz, a analogia é um processo revelador de normas implícitas. O problema de sua aplicação não está na averiguação dos pontos de identidade entre o fato-tipo e o fato não previsto, mas sim em saber se, em termos valorativos, essa coincidência justifica um tratamento jurídico semelhante para os fatos examinados.

Quando a lei for omissa cabe a integração por analogia, se a semelhança entre as duas situações justificar a aplicação da norma ao instituto não tratado. Mas, se o silêncio da lei é intencional, não há lacuna, há, isso sim, intenção de que a norma não contemple determinado instituto. Contudo, há um limite muito tênue entre a omissão (ensejadora da aplicação analógica) e o silêncio eloqüente, nem sempre fácil de ser percebido.

É importante estabelecer limites para a utilização da analogia, para conferir segurança ao nosso sistema jurídico. A atividade de integração de lacunas é criadora de novas normas jurídicas, por isso deve estar em consonância com o ordenamento e a consciência jurídica geral.

Em relação ao objeto do nosso estudo, precisamos examinar se é possível, nos casos em que há omissão legislativa sobre alguns dos aspectos da união estável, empregar a analogia entre ela e o casamento, para dessa forma resolver o caso não previsto em lei.

Alguns dizem que podemos utilizar a analogia entre o casamento e a união estável, tanto que a Constituição Federal diz que o Estado estimulará a conversão da união estável em casamento, pelo que ela representaria uma porta de entrada para este.

Outros dizem que não se pode usar a analogia porque os institutos são independentes.

A doutrina aponta os seguintes pressupostos para a aplicação da analogia:

O manejo acertado da analogia exige, da parte de quem a emprega, inteligência, discernimento, rigor de lógica; não comporta uma ação passiva, mecânica. O processo não é simples, destituído de perigos; facilmente conduz a erros deploráveis o aplicador descuidado.

I. Pressupõe: 1º) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de interpretação extensiva; 2º) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3º) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança formal; exige-se a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a idéia geradora tanto da regra existente como da que se busca. A hipótese nova e a que se compara com ela, precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários. O processo é perfeito, em sua relatividade, quando a frase jurídica existente e a que da mesma se infere deparam como entrosadas as mesmas idéias fundamentais. (Carlos Maximiliano, 1998, p. 211/212)

Requer a aplicação analógica:

1) Que o caso 'sub iudice' não esteja previsto em norma jurídica. Isto porque direito expresso ou literal disposição legal não abrange analogia; esta dilata a aplicação da lei a casos por ela não declarados e que, por identidade de razão, devem submeter-se a ela. A analogia compara e, da semelhança, conclui pela aplicação da norma ao caso em tela, sendo, portanto, um processo mental. Se houvesse lei regulando o caso, ter-se-ia interpretação extensiva.

2) Que o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança.

3) Que o elemento de identidade entre os casos não seja qualquer um, mas sim fundamental ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação a qual se quer comparar a norma não contemplada. Terá de haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. Meras

semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica. (Maria Helena Diniz, 2007, p. 118).

Portanto, para saber se podemos aplicar a analogia entre o casamento e a união estável precisamos dos seguintes requisitos:

- a) Que a norma não trate de determinado tema em relação à união estável ou vice-versa;
- b) A norma que inclui o casamento em seu rol, quanto a um tema, guarde fundamento relevante para justificar a aplicação das repercussões dessa norma ao instituto não tratado.

A união estável tem o mesmo objetivo do casamento, que é a constituição de família, e se configura quando os companheiros têm comportamento semelhante ao das pessoas casadas. Esse é um fundamento que justifica a aplicação da repercussão de normas do casamento aos casos não previstos para a união estável.

Franciso José Cahali diz que a união estável é o espelho do casamento sem a moldura da certidão (informação verbal).² Mas não é simples assim. A inexistência de um registro da união gera conseqüências jurídicas relevantes.³ Por exemplo, no caso do rompimento da união, se um dos companheiros precisar ajuizar ação de alimentos contra o outro, necessita, em vez de apenas demonstrar a necessidade do requerente e a capacidade econômica do outro, como ocorre entre os casados, comprovar que a convivência configura união estável. Caso não faça essa prova, fica sem os alimentos, embora deles necessite.

A falta de certeza quanto à existência da união estável pode inclusive dar azo a fraudes na execução de créditos. Quando alguém ingressa com processo de execução judicial contra réu casado, pode conseguir a penhora dos imóveis que estão em nome do outro cônjuge e que fazem parte da comunhão de bens.⁴ Mas no caso de execução judicial contra o companheiro, não é possível penhorar bens comuns, registrados em nome da companheira, sem antes entrar com uma ação de reconhecimento da união estável em uma das Varas Judiciais de Família. Ocorre que nem sempre é possível ao exequente fazer a prova da convivência e da intenção de

² Aula ministrada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Privado, do Instituto Brasiliense de Direito Público, em abril de 2006.

³ No Distrito Federal há decisão normativa da Vara de Registros Públicos recomendando que não se coloque na certidão de óbito informação quanto à união estável que não restou comprovada pelo declarante.

⁴ Os bens indivisíveis podem ser levados à hasta pública, em execução por dívida de um só dos cônjuges, reservando-se ao cônjuge do executado metade do preço obtido na alienação judicial. Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, RESP 508.267/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 13/02/2007, DJ de 06/03/2007; RESP 200.251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, DJ de 29/04/2002.

constituir família, caso em que não conseguirá a procedência da ação de reconhecimento da união nem a penhora daqueles bens que na verdade são comuns.

Casamento e união estável são institutos jurídicos distintos, que têm pontos em comum, mas que geram alguns efeitos jurídicos diferentes.

Em conclusão, entendemos que é possível usar a analogia entre o casamento e a união estável, porque ambos são entidades familiares, ambos decorrem de relações que afeto que formam famílias e merecem a proteção do Estado por sua relevância social. Contudo, a aplicação da analogia não é possível quanto às situações que se relacionam à solenidade e formalidade do casamento.

3.2. O companheiro como herdeiro necessário

Os herdeiros legítimos, que os são indicados pela lei, na ordem de vocação hereditária (art. 1.829), dividem-se em herdeiros necessários e facultativos. Os herdeiros necessários são aqueles que não podem ser afastados da sucessão, salvo em caso de deserdação ou exclusão por indignidade. Os herdeiros do falecido que não compõem essa categoria são chamados de herdeiros facultativos, compreendendo aqueles parentes que pertencem à ordem da vocação hereditária legítima, mas que não recebem a herança se outra for a vontade do sucedido.

No sistema do Código Civil de 1916, eram herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes. O testador que tivesse descendente ou ascendente não poderia dispor de mais da metade de seus bens, pois a lei lhes deferia a outra metade, denominada reserva ou legítima (art. 1.576).

O Código Civil de 2002 manteve os ascendentes e descendentes como herdeiros necessários, com inclusão do cônjuge sobrevivente (art. 1.845). O novo Código também limita a liberdade de testar, quando existirem esses herdeiros, à metade dos bens da herança, constituindo a legítima (art. 1.846).

A proteção aos herdeiros necessários compreende também a proibição de doar bens que excedam a parte que, no momento da liberalidade, o doador poderia dispor em testamento (art. 549 do novo Código Civil).

Segundo Eduardo de Oliveira Leite:

A reserva exerce, hoje, uma dupla função: proteger a família contra as liberalidades excessivas feitas a pessoas alheias ao grupo familiar e proteger os filhos, uns contra os outros, limitando as desigualdades que os pais podem estabelecer entre eles. Pode-se mesmo pensar em suprimi-la na sua função igualitária, mas ela deve ser, certamente, mantida na sua função protetora da família, o que, de resto, a análise jurídica já comprovou nos aspectos técnicos: que os descendentes devem ser protegidos, que existe um dever do *de cuius* em relação aos seus parentes mais próximos e, acessoriamente, que um mínimo de igualdade deve reinar entre os descendentes (2003, p. 45/46)

A inclusão do cônjuge na classe dos herdeiros necessários atendeu à reivindicação da doutrina nacional.⁵

Em relação ao companheiro, o art. 1.845 do Código Civil de 2002 a ele não se refere, o que faz com que a maioria dos doutrinadores conclua que ele pode ser excluído da sucessão pela simples vontade do autor da herança.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka diz que o companheiro é herdeiro facultativo (2003, p. 20). Esse é também o pensamento de Maria Helena Diniz (2006, p. 143), Zeno Veloso (2001, p. 248) e de Eduardo de Oliveira Leite, que diz: “o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e o(a) companheiro(a) é herdeiro facultativo concorrendo com os demais sucessores” (2003, p. 64).

Segundo Francisco José Cahali:

De outra parte, não se preocupou o Código em ter o companheiro sobrevivente na condição de herdeiro necessário, como fez em favor do cônjuge no art. 1.845. Certamente a questão passou despercebida (sic) pelo legislador, pois no art. 1.850 também não se fez referência à exclusão deste sucessor da herança como promovido para os demais herdeiros facultativos. De qualquer forma, inexistindo a sua inclusão como herdeiro necessário, tal condição não lhe pode ser estendida, diante da sua ausência no art. 1.845. (2003, p. 229)

Com o devido respeito, não concordamos com esses autores.

O Código Civil de 2002, no capítulo II do Título II de seu Livro V, não tratou da situação do companheiro. Ele não é mencionado no art. 1.845, que trata dos herdeiros necessários, nem no art. 1.850, que fala daqueles que podem ser excluídos da sucessão. Houve uma omissão quanto à condição do companheiro, que pode ser resolvida pela aplicação da analogia entre o casamento e a união estável.

⁵ No sistema do Código Civil de 1916, o testador que não tivesse ascendentes nem descendentes poderia dispor de todos os seus bens por testamento, afastando da sucessão o seu cônjuge, o que era criticado pela maioria dos doutrinadores.

Como já vimos, a aplicação da analogia requer, além da falta de previsão na norma jurídica, um elemento essencial de identidade entre o instituto tratado na norma e a hipótese que com ele se compara, que configure o princípio básico que originou a regra existente. Quando houver o mesmo fundamento relevante para a aplicação da repercussão da norma em face de um instituto expresso, essa repercussão também deverá ser aplicada para os institutos não expressos.

Ora, a união estável é instituto que guarda semelhança com o casamento em seu objetivo (constituição de família), configurando-se quando os companheiros têm comportamento igual ao dos casados.

O fundamento da reserva dos herdeiros necessários é a proteção da família. Essa é a razão pela qual o cônjuge foi incluído no art. 1.845 do novo Código Civil.

Por isso, a mesma razão que determinou a inclusão do cônjuge na classe dos herdeiros necessários existe no caso da união estável, haja vista que a Constituição Federal determina a proteção de toda entidade familiar. Portanto, o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário, em analogia com a situação do cônjuge.

3.3. Direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família

O direito real de habitação é espécie de direito real sobre coisa alheia e confere a seu titular a faculdade de residir num imóvel, cujo domínio pertence à outra pessoa.

Com a finalidade de proteger a viúva, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) acrescentou dois parágrafos ao art. 1.611 do Código Civil de 1916, sendo que no parágrafo 2º concedeu ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, sem prejuízo da participação que lhe cabia na herança, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

Posteriormente, a Lei nº 9.278/1996 previu, em favor do companheiro sobrevivente, direito real de habitação em relação ao imóvel residencial da família, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento (art. 7º, parágrafo único). Essa lei não exigia os mesmos

requisitos do antigo Código Civil, referentes ao regime de bens e ao fato de que aquele fosse o único imóvel daquela natureza a inventariar, sendo mais favorável o regime aplicável aos companheiros do que aquele aplicável aos casados, em relação a esse direito real, o que não era adequado, porque das uniões de fato não devem se originar mais direitos do que têm aqueles que se casaram segundo as leis civis.

O novo Código melhorou a situação do cônjuge. No art. 1.831 concedeu ao viúvo, qualquer que seja o regime de bens, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança. Mas deixou de prever o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente.

Diante do silêncio do legislador, alguns doutrinadores entendem que o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, que prevê o direito real de habitação ao companheiro, continuaria em vigor. Esse é o entendimento da professora Maria Helena Diniz, sob o fundamento de que aquele artigo continuaria em vigor por ser lei especial (2006, p. 149).

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka também segue essa orientação, afirmando que “não estabelece o Código Civil atual o direito real de habitação previsto pela Lei nº 9.278/96, devendo, por isso, e em analogia com a situação garantida ao cônjuge e autorizada pela Constituição Federal, ter o dispositivo do art. 7º, parágrafo único, desta lei como não revogado”. (2003, p. 56) .

A I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, aprovou Enunciado no sentido de que “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88” (Enunciado nº 117).

Há aqueles que têm opinião contrária, como Zeno Veloso, que embora não concorde com a posição adotada pelo legislador, curva-se à lei, dizendo:

Preferia não dar a minha opinião, mas de *lege lata*, não posso deixar de afirmar que o novo Código Civil não conferiu e nem admite que se confira direito real de habitação ao companheiro. Não há que se falar em sobrevivência do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278, nem, muito menos, das normas da Lei 8.271/94. O novo Código regulou inteiramente a matéria relativa à sucessão entre companheiros, não deixando margem para qualquer dúvida ou entredúvida. Não houve revogação expressa, é verdade! Mas a revogação expressa não é a única forma de revogação que existe. Por ter regulado inteiramente o assunto, o Código Civil revogou tacitamente –

e inexoravelmente – as duas aludidas leis, que tratavam da sucessão entre companheiros.(2006, p. 415).

Francisco José Cahali tem posição semelhante à de Zeno Veloso:

Em nosso entender, houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Com efeito, o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou companheira ‘participará da sucessão do outro (...) nas condições seguintes’. Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro; e aqueles direitos não deixam de representar uma forma de participar na sucessão. Vale dizer, neste particular -sucessão decorrente da união estável-, o novo Código disciplinou inteiramente a matéria, revogando, assim, os efeitos sucessórios entre os conviventes previstos em normas anteriores.

[...]

Enfim, embora contrários à modificação legislativa, por subtrair do companheiro-viúvo um direito assistencial outorgado ao cônjuge, nossa inclinação é no sentido de considerar insubsistentes pelo novo Código Civil o direito real de habitação e o usufruto viual previstos na legislação anterior. (2003, p. 233 e 234)

A discussão ainda não foi enfrentada por todos os Tribunais do país, mas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde há várias decisões sobre o assunto, vem prevalecendo o entendimento que garante ao convivente direito real de habitação. Nesse sentido, o seguinte acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. O direito real de habitação está calcado nos princípios da solidariedade e da mútua assistência, característicos da união estável. Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Inexiste incompatibilidade entre as duas legislações. Equiparação entre união estável e casamento levada a efeito pela Constituição Federal. (Apelação Cível nº 70018291468, Rel. Des. Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, julgado em 01/03/2007).⁶

Essas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm como base o argumento de que não houve a revogação art. 7º da Lei nº 9.278/96 pelo novo Código Civil, acrescentando, alguns acórdãos, o fundamento de que houve a equiparação da união estável ao casamento pela Constituição Federal. Este último argumento será analisado em capítulo posterior, onde teremos oportunidade de analisá-lo de forma mais detalhada.

Acreditamos que subsiste o direito real de habitação do companheiro, mas não pelos fundamentos acima mencionados pela doutrina e pela jurisprudência.

⁶ No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 70018063016, Rel. Des. Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Cível, julgado em 14/02/2007, DJ de 01/03/2007; Apelação Cível 7001584369, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Oitava Câmara Cível, julgado em 03/08/2006, DJ de 14/08/2006.

Não é verdade que lei geral não revoga lei especial. A lei geral posterior revoga a lei especial anterior quando regula inteiramente a matéria daquela (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Portanto, as leis especiais cujas matérias estão inteiramente reguladas no Código Civil foram por ele revogadas.

Mesmo quando o novo Código Civil não trata inteiramente da matéria da legislação especial pode ocorrer a revogação dessas leis, nas partes em que são incompatíveis com o novo Código. É o que a doutrina entende que ocorre nos casos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor.

No caso da união estável, o Código Civil de 2002 regulou inteiramente as matérias que foram tratadas nas Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996, dispondo sobre a configuração da união estável e quais são os deveres que dela se originam, estabelecendo os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão por morte. Portanto essas leis especiais foram inteiramente revogadas.

Além disso, não é possível aplicar analogia com a situação do cônjuge, porque não se trata de omissão, mas sim de silêncio intencional da lei, que regulou inteiramente a sucessão do companheiro sobrevivente no art. 1.790 do novo Código Civil, sem contemplá-lo com o direito real de habitação.

Preferimos entender que o direito real de habitação continua existindo na união estável por outro motivo, por força do art. 6º da Constituição Federal, que prevê o direito à moradia como direito fundamental.

Os institutos que o ordenamento civil prevê para permitir moradia àqueles que não têm propriedade imóvel, como o usufruto, o direito real de habitação, a locação de imóveis residenciais, devem ser interpretados de forma a concretizar esse direito fundamental.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lobo, “os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos. [...] Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil.”(2007, p. 36)

É importante ressaltar que a corrente que conclui pela inexistência do direito real de habitação, combinada com a limitação dos direitos sucessórios aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, pode levar companheiro de pessoa que possui diversos

imóveis, adquiridos antes do início da convivência, a não ter onde morar, mesmo se tiver residido longo tempo em imóvel do falecido. O mesmo ocorrerá com o companheiro de alguém que recebeu diversos imóveis em doação, durante o período da união estável, apesar de ter morado e cuidado de um deles durante anos.

Como a meação do companheiro sobrevivente incide, na falta de acordo escrito, também sobre os bens adquiridos a título oneroso durante o período de convivência (art. 1.725 do Código Civil), uma leitura *a contrario sensu* conduz à conclusão de que na falta desses bens o companheiro não terá direito a meação, nem à herança, nem a direito real de habitação; será dependente de seus parentes, se existirem, o que é incompatível os dispositivos e princípios da Constituição Federal, como o da dignidade da pessoa humana.

Capítulo 4

O artigo 1.790 do novo Código Civil

Estabelecemos qual o regime que se aplicava à sucessão por morte de um dos companheiros antes do novo Código Civil, apresentamos as alterações por ele levadas a efeito, analisamos a condição de herdeiro necessário do companheiro e a existência do direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família. Neste capítulo vamos examinar e interpretar o art. 1.790 do novo Código, detalhando o alcance de seu *caput* e de cada um de seus incisos, e abordar o tema de sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

4.1 A limitação da sucessão aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável

O *caput* do art. 1.790 do Código Civil de 2002 diz que o companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro em relação aos bens adquiridos onerosamente durante o período de convivência. Ou seja, excluída a meação do companheiro sobrevivente, é sobre a meação do falecido que incide o direito sucessório. Em regra, ele não herdará bens particulares nem os adquiridos na constância da união a título gratuito.

Todos os herdeiros legítimos, mesmo os parentes sucessíveis mais afastados, recebem quinhão do patrimônio do falecido formado pela meação do *de cuius* e bens particulares. O companheiro é o único excluído da sucessão sobre bens particulares, o que contraria o sistema de vocação hereditária estabelecido no Código Civil, sem que haja razão que justifique a exceção.

A aplicação da regra pode levar a grandes injustiças, deixando ao desamparo companheiro sobrevivente de pessoa rica, mas sem bens adquiridos onerosamente no período da união estável. Possuindo somente bens particulares, ou bens adquiridos a título gratuito, eles serão transmitidos apenas aos outros herdeiros legítimos, que poderão ser primos ou tios, no caso de não haver ascendentes nem descendentes vivos, ou irmãos. Não é razoável tal previsão legislativa.

Por outro lado, como bem lembra Zeno Veloso, numa outra situação o dispositivo pode levar o companheiro sobrevivente a ficar em posição mais favorável que o cônjuge supérstite. Diz o autor:

Não obstante, e para ficar a situação ainda mais confusa e dramática, pode haver caso em que o companheiro fica em situação mais favorável, na sucessão hereditária, que o cônjuge sobrevivente. Por exemplo, se houve aquisição onerosa de bens durante a união estável e os companheiros têm dois filhos, falecendo o companheiro, a companheira sobrevivente concorrerá com os filhos comuns e terá direito a quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho (art. 1.790, I). Por outro lado, se o marido e a mulher são casados pelo regime da comunhão parcial e todo o patrimônio foi adquirido durante o casamento – não havendo, portanto, bens particulares –, tendo o casal dois filhos, morrendo o marido, a viúva não concorrerá com os descendentes (art. 1.829, *in fine*), não participará da sucessão do falecido (salvo quanto ao direito real de habitação e se for cabível).

Para hipóteses semelhantes, o Código Civil oferece soluções diferentes, que levam a uma contradição, a verdadeiro disparate, em detrimento das pessoas casadas. E os exemplos que apresentei são os dos casos mais comuns e frequentes. (2001, p. 244).

É importante ressaltar que, mesmo havendo contrato escrito que determine a aplicação do regime de separação de bens entre os companheiros, o sobrevivente continuará tendo direito de herança sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união.

4.2 Concorrência do companheiro na sucessão dos descendentes

Os incisos I e II do art. 1790 do Código Civil de 2002 estabelecem que, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o convivente concorre com os herdeiros de primeira vocação, na forma seguinte: concorrendo com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, e, com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a cada um daqueles.

Mas o Código é omissivo sobre o caso em que existam filhos comuns e filhos apenas do autor da herança, ambos concorrendo com o companheiro sobrevivente. Nesse caso, aplicar-se-á o inciso I, que atribui ao companheiro quota equivalente à dos filhos, ou o inciso II, que lhe concede metade dessa quota?

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka aponta quatro propostas diferentes, que tentam uma solução para a hipótese, analisando detalhadamente cada uma delas.

A primeira proposta citada pela autora é tratar todos os filhos, os comuns e os exclusivos do autor da herança, como se fossem comuns, aplicando-se o inciso I do art. 1.790, para atribuir ao companheiro quota equivalente a cada filho. Contudo a professora diz que essa solução contraria a intenção do legislador do Código Civil, porque este quis dar tratamento diferenciado aos casos de concorrência do companheiro com filhos comuns e filhos apenas do companheiro falecido.

A segunda proposta seria tratar todos os filhos como se fossem descendentes somente do falecido, aplicando-se o inciso II do art. 1.790, caso em que o convivente sobrevivente receberia quota correspondente à metade da quota de cada filho. Nesse caso os filhos seriam privilegiados em detrimento do companheiro sobrevivente.

A terceira proposta tenta uma composição dos incisos I e II do art. 1790, pela atribuição de uma quota e meia ao companheiro sobrevivente, da seguinte forma:

Por esta via, a divisão patrimonial obedeceria à seguinte regra: somar-se-ia o número total de filhos comuns e de filhos exclusivos do autor da herança, acrescentar-se-ia mais um e meio (uma quota deferida ao convivente sobrevivente, no caso de concorrência com filhos comuns, e meia quota deferida ao mesmo sobrevivente, no caso de concorrência com filhos exclusivos do falecido), dividindo-se, depois, a herança por esse número obtido, entregando-se quotas de valores iguais aos filhos (comuns e exclusivos), o que atenderia ao comando de caráter constitucional do art. 1.834 do Código Civil (que determina que descendentes da mesma classe tenham os mesmos direitos relativamente à herança de seu ascendente), e uma quota e meia ao convivente sobrevivente, o que atenderia aos comandos dos incisos I e II do art. 1.790. (2003, p. 61 e 62).

Nesse caso o companheiro sobrevivente seria mais privilegiado, em relação aos filhos, do que nas soluções anteriores, porque ficaria com quinhão equivalente a uma quota e meia, enquanto cada filho receberia quinhão equivalente a uma quota da herança.

A quarta e última proposta também tenta conciliar os incisos I e II do art. 1.790, subdividindo a herança de acordo com o número de descendentes de cada grupo (filhos comuns e exclusivos do autor da herança). Nas palavras da autora:

Por esta via, a divisão patrimonial obedeceria à seguinte regra: primeiro se dividiria a herança a ser partilhada entre filhos comuns e filhos exclusivos em duas partes (sub-heranças) proporcionais, cada uma delas, ao número de filhos de um ou de outro grupo. A seguir se introduziria, em cada uma dessas sub-heranças, a concorrência do convivente, conforme a determinação do inciso I ou do inciso II do art. 1.790, respectivamente. Depois disso, somar-se-iam as quotas do convivente supérstite – obtidas em cada uma dessas heranças – formando o quinhão a ele cabível. Aos filhos herdeiros caberia a quota que houvesse resultado da aplicação das regras legais em cada uma das sub-heranças, conforme proposto. (2003, p. 63).

Aplicando-se essa proposta os filhos de um grupo receberiam quinhão maior do que os filhos do outro grupo, o que não é admissível diante da igualdade entre os filhos determinada na Constituição Federal.

Entre as propostas apresentadas pela professora, preferimos a segunda, isto é, aplicar o inciso II do art. 1.790, para atribuir ao companheiro quota equivalente à metade da quota de cada filho. Mas a verdade é que nenhuma das propostas apresentadas consegue uma composição que atenda ao prescrito pelo legislador, o que evidencia a dificuldade de aplicação dessas normas de direito sucessório aos casos concretos.

Uma última observação aos casos de concorrência do companheiro com descendentes é que o enunciado nº 266, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, entende que o inciso I do art. 1.790 do novo Código Civil deve ser estendido aos casos de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns. Assim, concorrendo com netos comuns o companheiro recebe quota equivalente a cada um deles.

4.3 Concorrência do companheiro e outros parentes sucessíveis

Enquanto o cônjuge supérstite, concorrendo com os ascendentes, recebe um terço da herança, em se tratando de ascendente em primeiro grau, ou metade da herança, quando houver um só ascendente ou for maior aquele grau de parentesco (arts. 1.829, II e 1.837), e recebe sozinho a herança em falta de descendentes e ascendentes (arts. 1.829, III e 1.839), o companheiro sobrevivente, não havendo descendentes do autor da herança, concorrerá com ascendentes e colaterais até o quarto grau. Assim dispõe o inciso III do artigo 1.790 do novo Código Civil, cuja letra determina que o companheiro receberá quinhão de um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, quando concorrer com outros parentes sucessíveis. Apenas quando não existir nenhum parente sucessível é que o companheiro herda sozinho, como prevê o inciso IV do art. 1.790.

Essas regras configuram retrocesso em relação à legislação anterior ao novo Código. A Lei nº 8.971/94 concedia ao companheiro sobrevivente, quando concorresse com ascendentes, usufruto de metade dos bens do autor da herança, que recaía sobre todos os bens, inclusive os

particulares (art. 2º, II). E na falta de descendentes e ascendentes o companheiro tinha direito à totalidade da herança (art. 2º, III).

O sistema da Lei nº 8.971/94 era mais benéfico ao companheiro sobrevivente e melhor protegia esse integrante da entidade familiar porque o convivente tinha direito ao usufruto de uma porção razoável dos bens da herança, além de constar da ordem de vocação hereditária antes dos parentes colaterais.

O novo Código Civil, ao contrário, não protege a entidade familiar constituída por união estável. Verifica-se que suas regras acabam privilegiando parentes colaterais em vez de prestigiar o companheiro. Havendo parentes colaterais do falecido, que tanto podem ser de segundo, terceiro ou quarto graus, o companheiro recebe apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente durante o período de convivência. Os bens particulares e adquiridos a título gratuito, que dependendo da situação fática poderão representar a maior parte da herança, ficarão com os parentes colaterais, que também receberão dois terços dos adquiridos na constância da união estável a título oneroso.

Não há razão que justifique a opção do legislador. Concordamos com as palavras de Zeno Veloso, que faz a seguinte crítica a essa previsão legal:

Na sociedade contemporânea, já estão muitos esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de quarto grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o atual Código Civil brasileiro, que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o quarto grau do *de cuius*. Temos que convir: isso é demais! Para tornar a situação mais grave e intolerável, conforme a severa restrição do caput do art. 1790, que foi analisado acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo patrimônio deixado pelo *de cuius*, mas apenas o que foi adquirido na constância da união estável a título oneroso. (2001, p. 248-249).

4.4 Destino da herança quando não houver parentes sucessíveis

Somente quando não houver descendentes, ascendentes e colaterais sucessíveis é que o companheiro sobrevivente herdará sozinho, conforme o inciso IV do art. 1.790 do novo Código Civil. Mas herda todos os bens da herança ou os apenas os adquiridos onerosamente na vigência da união estável?

Uma interpretação literal do art. 1.790 leva à conclusão de que mesmo nessa hipótese o companheiro recebe somente os bens adquiridos onerosamente durante o período de convivência. Alguns entendem dessa forma, sob o fundamento de que o *caput* do art. 1.790 subordina o sentido de seus incisos. Assim, havendo bens particulares ou adquiridos a título gratuito o companheiro não participaria da sucessão relativa a esses bens, que, não havendo parentes sucessíveis, seriam deferidos ao Município ou ao Distrito Federal (art. 1.844 do Código Civil).

Esse é o pensamento de Zeno Veloso, que diz:

A ‘totalidade da herança’, mencionada no inciso IV do art. 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer. Mesmo no caso extremo de o falecido não ter parentes sucessíveis, cumprindo-se a determinação do *caput* do art. 1.790, o companheiro sobrevivente só vai herdar os bens que tiverem sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Se o de cujus possuía outros bens, adquiridos antes de iniciar a convivência, ou, depois, se a título gratuito, e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, passarão para o Município ou para o Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados em Território Federal (art. 1.844).

Quando o art. 1.790, *caput*, foi emendado, restringindo a herança do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, deviam ter sido reescritos e adaptados à nova ordem os incisos do referido artigo e outras disposições que regulam a matéria. (2001, p. 245).

Não concordamos com a opinião desse autor. Não se pode analisar o art. 1.790 isoladamente; sua interpretação deve ser feita em conjunto com o art. 1.844, que estabelece que os bens serão devolvidos ao Município ou Distrito Federal quando não sobreviverem o cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível. A interpretação conjunta desses artigos revela o verdadeiro sentido do novo ordenamento civil, de que inexistindo parentes do falecido a herança seja entregue, em sua totalidade, ao companheiro sobrevivente.

Maria Helena Diniz também conclui que essa é a solução mais justa:

Se o Município, o Distrito Federal ou a União só é sucessor irregular de pessoa que falece sem deixar herdeiro, como poderia admitir que receba parte do acervo hereditário concorrendo com herdeiro *sui generis* (sucessor regular), que, no artigo *sub examine*, seria a companheiro? Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro ou sucessor regular é que o Poder Público entra como sucessor irregular. Se houver herdeiro ou sucessor regular, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do *de cujus*, na qualidade de sucessor irregular. Daí nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto todos os bens do *de cujus*, que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1.844, 1ª parte, do Código Civil, que

é uma norma especial (relativa à herança vacante), sobrepondo-se ao art. 1.790, IV (norma geral sobre sucessão de companheiro). (2006, p. 145).

Juizes das Varas de Família e Sucessões do interior do Estado de São Paulo reuniram-se com o objetivo de formular enunciados para nortear suas decisões, em encontro promovido pela Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, e entre os enunciados aprovados, está o de nº 52, no sentido de que “se admitida a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo” (www.conjur.com.br).

Em conclusão, a análise do art. 1.790 do novo Código Civil demonstra que sua aplicação pode levar a grandes injustiças. Esse dispositivo não ampara o convivente sobrevivente, porque em determinadas situações pode deixar desprotegido um dos integrantes da família que se originou pela união estável.

Esse quadro se agrava pela falta de previsão expressa, no Código Civil de 2002, quanto ao direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família e quanto à condição de herdeiro necessário, o que leva vários doutrinadores a entender que esses institutos não se aplicam à sucessão na união estável, permitindo que o companheiro sobrevivente seja totalmente excluído da sucessão. Porém, entendemos que essa não é a melhor interpretação do novo Código, como vimos no capítulo anterior.

4.5 A constitucionalidade do novo Código Civil e a questão da equiparação da união estável ao casamento

A exposição feita até aqui teve o objetivo de demonstrar as conseqüências da aplicação do Código Civil, de que forma ele pode ser interpretado e qual seu efeito sobre a vida daqueles que vivem em união estável. É necessário, após traçado o panorama que o novo Código trouxe aos companheiros, falar da compatibilidade entre a lei civil e os dispositivos da Carta Magna. O tema é relevante, porque há posicionamentos pela inconstitucionalidade da nova lei.

Logo após o reconhecimento da união estável como entidade familiar, pelo art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, debateu-se sobre os direitos que decorreriam de sua

qualificação como entidade familiar e se houve equiparação da união estável ao casamento. A posição que tem prevalecido é a de que não houve a equiparação entre esses institutos.

No campo do direito das sucessões, o novo Código Civil estabelece, para o companheiro, regras que em sua maioria são menos favoráveis que as do cônjuge, o que trouxe nova polêmica embasada na exegese do texto constitucional. Alguns autores passaram a defender a tese de que as novas regras sobre a sucessão dos companheiros são inconstitucionais.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior é daqueles que opinam pela inconstitucionalidade. O autor entende que a determinação constitucional de que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento não indica uma hierarquia entre as entidades familiares, dizendo que “a Lei Maior se limitou a determinar seja facilitada, para os que assim o desejarem, essa conversão da união livre em casamento. E só!”.

Diz ainda que, assim como o companheiro pode ficar em situação muito menos benéfica que a do cônjuge, dependendo do caso concreto pode ocorrer o contrário. Traz, como exemplo desta última hipótese, o caso de pessoas casadas pelo regime da comunhão parcial de bens cujo patrimônio foi formado após o casamento, sem bens adquiridos anteriormente à união, que receberiam somente sua meação e não teriam direito à concorrência com descendentes. Na união estável, havendo somente bens adquiridos na constância da união, o companheiro é meeiro e herdeiro em concorrência com os filhos, o que desestimula a conversão da união estável em casamento, concluindo, também por esse motivo, que o art. 1.790 do novo Código Civil é inconstitucional.

O autor conclui seu pensamento argumentando: “No entanto, como pensamos ter demonstrado, também para os que entendem que na Constituição Federal está assegurada a superioridade da família originada no casamento, parece-nos que haveria essa mesma inconstitucionalidade, uma vez que há hipóteses em que a lei, nos termos em que se encontra redigida, coloca o companheiro em posição superior à do cônjuge.”(2007, p. 329)

Larissa Cavalcanti Cintra, examinando as regras do novo ordenamento civil, conclui que não protegem o companheiro sobrevivente. Estas são as palavras que sintetizam seu entendimento:

Apesar da inclusão da união estável como entidade familiar não foi intenção do constituinte igualar a união estável ao casamento, tendo em vista que ele trouxe a possibilidade da conversão da união estável ao casamento e não se pode converter uma coisa em outra igual. A real intenção do legislador constituinte foi a de igualar a

proteção e os direitos dos membros dessas entidades familiares. Isto é, os papéis exercidos pelo cônjuge e pelo companheiro dentro de cada entidade familiar são os mesmos, portanto, ocupam posições equiparadas. Desse modo, infere-se que não pode haver distinção entre os direitos dos cônjuges e dos companheiros, sob pena de violar o princípio da igualdade e, por conseguinte, o da dignidade da pessoa humana.

[...]

Por conseguinte, a regra do art. 1.790 fere completamente o preceito constitucional do art. 226, posto que, com ela, não se está protegendo todos os membros de qualquer entidade familiar, e o objetivo maior é a proteção da família. Viola, também, a igualdade substancial que deve haver em relação às famílias, qualquer que seja a sua origem. (2007, p. 342 e 366)

Da jurisprudência colhem-se os seguintes exemplos de decisões que afastaram a aplicação das normas do Código Civil de 2002:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 480 DO CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, 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. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70017169335, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Oitava Câmara Cível, julgado em 08/03/2007, DJ de 16/03/2007) ⁷

AGRAVO - Arrolamentos de Bens - Morte do companheiro - Ausência de ascendente ou descendente, existência, porém, de colaterais noticiada pela própria companheira - União estável iniciada na vigência da Lei 8.971/94 e que perdurou até o falecimento do companheiro - Fato ocorrido em 2004 - Inaplicabilidade da disciplina sucessória prevista no Novo Código Civil - Atribuição à companheira sobrevivente do mesmo status hereditário que a lei atribui ao cônjuge supérstite - Totalidade da herança devida à companheira - Afastando da sucessão os colaterais e o Estado - Inaplicabilidade da norma do art. 1.790, III do Código Civil em vigor - Recurso provido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 386.577-4/3, Relator Des. Magno Araújo, 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 02/06/05)

Por outro lado, outra corrente, em sentido oposto defende a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, principalmente sob o fundamento de que a Carta Magna não equiparou as entidades familiares e podem ser conferidos mais direitos para as pessoas unidas pelo vínculo do matrimônio do que para aquelas que vivem em união estável. Esse é o posicionamento de Eduardo de Oliveira Leite:

O novo Código pois, frise-se, não retrocedeu, mas endossou e, de certa forma, alargou a proposta constitucional, na medida em que procurou equiparar a união estável ao casamento quando é sabido, e bem sabido, que em momento algum o

⁷ Veja também: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70015433758, Rel Des. Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, julgado em 05/10/2006.

constituente de 1988 pretendeu igualar as duas realidades jurídicas. Para tanto, como também já afirmamos em diversos trabalhos, basta considerar o claríssimo teor do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição de 1988. Ali se lê, com todas as letras: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Ora, se a lei (ordinária, diga-se) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidentemente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade continua sendo o casamento. (2003, p. 51).

Para ilustrar esse último entendimento, transcrevemos a ementa das seguintes decisões:

ARROLAMENTO – Inventariante – Companheira que pleiteia a totalidade da herança – Ausência de ascendentes e descendentes do “de cujus” – Existência, no entanto, de irmãos do falecido – Comprovação de união estável apenas por declaração de uma irmã do falecido e de uns amigos, além da comprovação do recebimento de pensão – Insuficiência, sob pena de preterir direito dos demais herdeiros sucessíveis (irmãos do falecido) – Necessidade de anuência dos demais herdeiros ou de manifestação deles, ante o não reconhecimento da união estável por decisão judicial ou por escritura pública – Sucessão da companheira, em princípio, em conjunto com eles, apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, tendo o direito a 1/3 (um terço) da herança, salvo renúncia expressa de todos – Inteligência do artigo 1.790, III, do Código Civil de 2002 – Decisão mantida – Agravo improvido, com observação. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 451.895-4/2, Relator: Des. João Carlos Saletti, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 26.09.06)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. DIREITOS DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO DO EX-COMPANHEIRO. APLICAÇÃO DO ART. 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DE OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS, QUAIS SEJAM, OS COLATERAIS. ARGÜIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, SOB O ARGUMENTO DE TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. IMPROCEDÊNCIA. O §3º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL APENAS DETERMINA QUE A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE O HOMEM E A MULHER É RECONHECIDA, PARA EFEITO DE PROTEÇÃO DO ESTADO, COMO ENTIDADE FAMILIAR, DEVENDO A LEI FACILITAR A SUA CONVERSÃO EM CASAMENTO, O QUE EVIDENCIA QUE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO SÃO CONCEITOS E REALIDADES JURÍDICAS DISTINTAS. RAZÃO PELA QUAL NÃO CONSTITUI AFRONTA À CONSTITUIÇÃO O TRATAMENTO DADO AO COMPANHEIRO NA NOVA LEGISLAÇÃO CIVILISTA. LIMITAÇÃO DO TEMPO DA UNIÃO ESTÁVEL. SE OS COMPANHEIROS DECLARARAM EM ESCRITURA PÚBLICA QUE VIVAM MARITALMENTE “HÁ MAIS DE VINTE ANOS CONSECUTIVOS”, CABE AO JULGADOR, EM NOME DA PRUDÊNCIA E RAZOABILIDADE, CONSIDERAR COMO INDISCUTÍVEL O PERÍODO DE VINTE ANOS, CABENDO À INTERESSADA A PROVA DO INÍCIO DO TEMPO REAL DE CONVIVÊNCIA, O QUE NÃO OCORREU. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 2004.002.16474, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, 8ª Câmara Cível, julgado em 19/04/2005)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVETÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO. COMPANHEIRA.

Regida a Sucessão pelo atual Código Civil de 2002, não há falar em direito da companheira a quinhão no imóvel que decorre da herança do falecido. Conforme disposto nos artigos 1.787 e 1.790 do CC, a agravante faz jus tão-somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Precedentes.

Recurso Desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70017785247, Rel. Des. José S. Trindade, Oitava Câmara Cível, julgado em 12/01/2007)⁸

Parece-nos que tem predominado o entendimento de que a aplicação do art. 1.790 do novo Código Civil não fere a Constituição Federal, posicionamento que entendemos ser o mais correto.

⁸ No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70014145973, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Sétima Câmara Cível, julgado em 25/01/2006; Agravo de Instrumento nº 70012430351, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Sétima Câmara Cível, julgado em 05/10/2005.

Capítulo 5

Atualidades

5.1 Inventário por via administrativa: aplicação à união estável

Encerrada a exposição sobre as alterações geradas pelo advento do novo Código Civil nos direitos sucessórios dos companheiros e as diferentes posições sobre sua aplicação, cumpre-nos citar a nova lei publicada no início deste ano, possibilitando a realização de inventário por via extrajudicial e sua aplicação à união estável.

A Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, alterou dispositivos do Código de Processo Civil para permitir a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Sobre os inventários, assim dispôs:

Art. 1º Os arts. 982 e 983 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.’

‘Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

Parágrafo único. (Revogado)’

Como se vê, a nova lei permite que se faça o inventário por via judicial, estabelecendo como condições para tanto que todos os interessados sejam capazes, estejam de acordo e assistidos por advogado. Havendo incapazes ou testamento, a via judicial é a única possível.

A lei estabelece uma faculdade para os herdeiros, que também podem optar por inventário judicial.

A escritura pública não precisa de homologação judicial e é título hábil para o registro imobiliário, o que trará maior celeridade, beneficiando os interessados.

O inventário seguirá a ordem de vocação hereditária estabelecida no Código Civil de 2002, em seu art. 1.829 e também no art. 1.790, que, embora esteja inserido em outro capítulo, trata da ordem de vocação hereditária no caso de união estável. É que a Lei 11.441/2007 aplica-se também à sucessão *causa mortis* decorrente de união estável. A Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, reconhece que a meação do companheiro pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo (art. 19).

É possível o reconhecimento da união estável e a partilha dos bens entre os herdeiros por via administrativa, sem necessidade do reconhecimento de sua existência por meio de ação judicial. Há necessidade de ação judicial quando o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável (art. 18 do Provimento nº 35/2007, do Conselho Nacional de Justiça).

5.2 Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional sobre a sucessão *causa mortis* decorrente de união estável

Publicado o Código Civil de 2002, antes de sua entrada em vigor foram apresentadas propostas de alteração de seus artigos, entre eles o Projeto de Lei nº 6.960/2002, de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiúza, que pretendia dar nova redação a várias regras do novo Código e alterar vários de seus institutos, entre eles a sucessão na união estável. O projeto concedia ao companheiro sobrevivente direitos sucessórios quase iguais aos do cônjuge, assegurando-lhe o direito real de habitação sobre a residência da família, mas não o incluía expressamente como herdeiro necessário.

Na época em que essa proposta ainda estava em tramitação, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.944/2005, pelo Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, que pretendia excluir a diversidade de tratamento entre o casamento e união estável na vocação hereditária, equiparando-os quanto à parte que lhes cabe na herança, quanto ao direito real de habitação e quanto à classe de herdeiros em que se enquadram, relacionando tanto o cônjuge como o companheiro entre os herdeiros facultativos.

Esses dois projetos de lei encontram-se arquivados desde 31 de janeiro de 2007, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que determina o

arquivamento das proposições que se encontrem em tramitação, finda a legislatura, as quais poderão ser desarquivadas até cento e oitenta dias do início da sessão legislativa (consulta ao *site* da Câmara dos Deputados, em 25 de maio de 2007 – www.camara.gov.br).

Na atual legislatura foram apresentados dois novos projetos de lei tratando da sucessão dos companheiros. O primeiro, de nº 508/2007, apresentado em 20 de março de 2007 pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, propugna pela revogação do art. 1.790 do Código Civil de 2002 e apresenta a seguinte sugestão de alteração de seus artigos:

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

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

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

III-ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

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

[...]

Art. 1.831. Ao cônjuge ou companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que, na abertura da sucessão, esteja sob o domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.

Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes.

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça.

[...]

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.

[...]

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.

O segundo Projeto de Lei, apresentado em 10 de abril de 2007, pelo Deputado Federal Cândido Vaccarezza, recebeu o nº 674/2007. Ao contrário dos anteriores, em vez de alterar a

redação dos artigos do novo Código Civil sugere a regulamentação da união estável em lei especial, que trataria de seu conceito, da definição do estado civil dos companheiros, direitos e deveres dos conviventes, formas de prova e de dissolução da união estável, direitos a alimentos, regime de bens e direitos sucessórios. Eis alguns trechos da proposta:

DA UNIÃO ESTÁVEL

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a união estável, pública, contínua e duradoura, entre duas pessoas capazes, estabelecida com o objetivo de constituição familiar.

Parágrafo único – Não será reconhecida como entidade familiar a união estável constituída por companheiro que mantenha simultaneamente casamento ou união estável reconhecida formalmente, com terceiro(a).

DO ESTADO CIVIL

Art. 2º O estado civil das pessoas em união estável é o de Consorte.

Parágrafo único- Companheiros e consortes são denominações para identificar os sujeitos da união estável, podendo os termos serem utilizados indistintamente.

(...)

DO DIREITO SUCESSÓRIOS

Art. 16 Dissolvida a união estável por morte de um dos consortes o sobrevivente participará da sucessão do companheiro como herdeiro necessário.

§1º Para efeito de direitos sucessórios o consorte é equiparado, no que couber, à figura do cônjuge.

Art. O consorte sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto do imóvel destinado à residência da família.

Acreditamos que não é necessária a edição de lei especial tratando de direitos que já foram previstos no Código Civil; o melhor caminho é a alteração das regras do novo Código. Quanto à parte que trata dos direitos sucessórios, a expressão “equiparado, no que couber, à figura do cônjuge”, não é a melhor solução, porque deixa aos aplicadores do direito a definição de quais são esses direitos sucessórios que cabem ao companheiro, o que certamente trará divergências de entendimento, persistindo a sensação de insegurança para as pessoas que vivem em união estável.

Quando finalmente forem alteradas as regras do novo Código sobre os direitos sucessórios dos companheiros, o estudo dos dispositivos atuais não perderá sua importância imediatamente, porque continuarão regendo as sucessões abertas na sua vigência.

CONCLUSÃO

Atualmente, um número significativo de pessoas vive em uniões extramatrimoniais. Mas isso não quer dizer que de todos esses relacionamentos originam-se direitos sucessórios para as pessoas neles envolvidas, porque pressuposto para a existência desses direitos é que o relacionamento configure união estável.

A união estável ocorre quando houver convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Configura-se independentemente de prazo fixo, da existência de filhos ou da convivência sob o mesmo teto. A verificação de sua existência depende do exame de cada caso concreto e da constatação de fatos que, somados, indicarão a existência de uma família.

Contudo, a existência de direitos sucessórios não se restringe à união entre homem e mulher, porque é possível aplicar os direitos previstos para a união estável, à união homoafetiva, por analogia, conforme nosso entendimento. Assim, os direitos sucessórios previstos para os companheiros são aplicáveis aos relacionamentos homoafetivos.

Em relação à sucessão *causa mortis*, a regra geral é que o companheiro sobrevivente participará da sucessão do falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente durante o período de convivência, ou seja, excluída a meação do companheiro sobrevivente, o direito sucessório incidirá sobre a meação do autor da herança, com exclusão dos bens particulares e dos adquiridos na constância da união a título gratuito (art. 1.790 do Código Civil de 2002).

Quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o companheiro concorre com os herdeiros de primeira vocação, na forma seguinte: concorrendo com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, e, com descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a cada um daqueles (incisos I e II do art. 1.790 do novo Código Civil).

Existindo filhos comuns e filhos apenas do autor da herança, entendemos que deve ser aplicado o inc. II do art. 1.790, para atribuir ao companheiro quota equivalente à metade da quota de cada filho.

Quando não houver descendentes do falecido, o companheiro supérstite concorrerá com os ascendentes e colaterais até o quarto grau, caso em que receberá 1/3 (um terço) da herança (inc. III do art. 1.790 do novo Código Civil).

Somente quando não houver descendentes, ascendentes e parentes colaterais é que o companheiro herdará sozinho (inc. IV do art. 1.790 do novo Código Civil). Mas, nesse caso, herdará não apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, mas também os bens particulares e os adquiridos a título gratuito durante a convivência. Isso, porque o art. 1.790 deve ser interpretado em conjunto com o art. 1.844 do novo ordenamento civil.

Embora não previsto expressamente, o companheiro tem direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família, por força do art. 6º da Constituição Federal de 1988, que prevê o direito à moradia como direito fundamental.

Quanto ao usufruto sobre os bens do companheiro falecido, que era previsto no art. 2º da Lei 8.971/1994, foi revogado pelo novo Código Civil.

Além disso, o companheiro não pode ser excluído da sucessão por vontade do autor da herança, porque é herdeiro necessário. O fundamento da reserva dos herdeiros necessários é a proteção da família. Essa é a razão pela qual o cônjuge foi incluído no art. 1.845 do Código Civil de 2002. A mesma razão que determinou a inclusão do cônjuge nessa categoria de herdeiros existe no caso da união estável, o que justifica a aplicação da analogia com a situação do cônjuge.

Por fim, acreditamos que são constitucionais as regras do Código Civil de 2002 sobre os direitos sucessórios dos companheiros, porque a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Contudo, uma interpretação literal dos dispositivos do novo Código pode levar a injustiças, como tentamos mostrar neste trabalho. Esperamos, assim, ter contribuído para o debate a respeito da sucessão *causa mortis* decorrente de união estável.

Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, 19 v.: Do Direito de Família.

CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no Código Civil de 2002** : Acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas. São Paulo: RT, 2004a. Coletânea orientações pioneiras, 1 v.

CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no Código Civil de 2002 - II** : Acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas. São Paulo: RT, 2004b. Coletânea orientações pioneiras, 2 v.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**, 2ª edição rev. e atual. Coordenador Everaldo Cambler. São Paulo: RT, 2003, 6 v.: direito das sucessões.

CINTRA, Larissa Cavalcanti. A inconstitucionalidade da sucessão do companheiro no Código Civil de 2002: proposta de compatibilidade com a legalidade constitucional. In Cristiano Chaves de Farias (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil** : O Direito Civil-Constitucional em Concreto. Salvador, Jus Podivm, 2007, p. 335-371.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Resende. Concorrência Sucessória do Companheiro Sobrevivo. In FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil** : O Direito Civil-Constitucional em Concreto. Salvador, Jus Podivm, 2007, p. 301-333.

DIAS, Maria Berenice. Pós-escrito: Filhos, Bens e Amor não Combinam. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Ibdfam, 2004, p. 440-454.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 20ª ed., atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) e o Projeto de Lei nº 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006, 6 v. : direito das sucessões.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**, 12ª ed., adaptada à Lei nº 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, 20 v.: Do Direito das Sucessões – Da Sucessão em Geral; Da Sucessão Legítima.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros necessários e direito de representação. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Ibdfam, 2004, P. 107-112.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes – Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica em face da previsão contida na regra estampada na nova Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002. In. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 417-443.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 21 v.: Do direito das sucessões.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil : O Direito Civil-Constitucional em Concreto**. Salvador, Jus Podivm, 2007, p. 21-36.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 17ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil**, 6ª ed., atual. e ampliada. São Paulo, Editora Método, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao Novo Código Civil**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 20 v.: Da união estável, da tutela e da curatela.

VELOSO, Zeno. Do Direito Sucessório dos Companheiros. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VELOSO, Zeno. Direito Real de Habitação na União Estável. In DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

ZAKABI, Rosana. A nova família e a Justiça. **Veja**, São Paulo, ano 40, nº 20, p. 116-120, 23 de maio de 2007.

