

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP  
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ECJ**

**BRUNA LOPES DA CRUZ FERREIRA**

**A TUTELA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO NO DIREITO BRASILEIRO: DA  
ORIGEM DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUA  
INCONSTITUCIONALIDADE**

RIO DE JANEIRO

2017

**BRUNA LOPES DA CRUZ FERREIRA**

**A TUTELA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO NO DIREITO BRASILEIRO: DA  
ORIGEM DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUA  
INCONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

RIO DE JANEIRO

2017

**BRUNA LOPES DA CRUZ FERREIRA**

**A TUTELA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO NO DIREITO BRASILEIRO: DA  
ORIGEM DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUA  
INCONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
à Escola de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do Estado do Rio de  
Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Nota: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora:**

---

Professor Orientador: Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

---

Professor(a):

---

Professor(a):

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha mãe, Élide, ao meu pai, Wellington, e ao meu irmão, Thiago, por absolutamente tudo. Mesmo que estejamos em diferentes partes do Brasil e do mundo, nossa união e amor dão-me forças e inspiração.

Agradeço às minhas avós, Zeny e Ana, e aos meus avôs, Selmo e Benigno, que não mais se encontram neste plano, mas sei que olham por mim e estariam orgulhosos da pessoa que me tornei.

Agradeço a todos da minha família, que certamente em algum momento contribuíram para o sucesso de minha trajetória.

Agradeço ao meu namorado e melhor amigo, Fred, por me apoiar diariamente, por todas as risadas, todos os abraços, todos os passeios e por ser a pessoa que ele é.

Agradeço ao meu orientador, Professor Eduardo Domingues, por toda a atenção e incentivo.

Por fim, agradeço a Deus, por guiar meu caminho e por colocar em meu caminho tantas pessoas maravilhosas, que me ajudam a ser uma pessoa melhor e que estão comigo em todos os momentos.

“Sonhe com o que você quiser. Vá para onde você queira ir. Seja o que você quer ser, porque você possui apenas uma vida e nela só temos uma chance de fazer aquilo que queremos. Tenha felicidade bastante para fazê-la doce. Dificuldades para fazê-la forte. Tristeza para fazê-la humana. E esperança suficiente para fazê-la feliz.”

(Clarice Lispector)

## RESUMO

A presente monografia trata da tutela sucessória do companheiro no Direito brasileiro, objetivando compreender a razão de o legislador ter disciplinado a matéria da forma que o fez e entender o porquê da sucessão do companheiro ter sido objeto de discussões no Supremo Tribunal Federal, ocasião em que houve declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. A pesquisa da origem deste artigo e de sua inclusão no Código Civil de 2002 mostra que o grande problema foi a longa tramitação do projeto do código no Congresso Nacional. Foi realizada pesquisa doutrinária sobre o artigo 1.790 e sobre a questão do direito real de habitação, tendo sido realizada também pesquisa jurisprudencial sobre este tópico. Outrossim, a respeito das discussões sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790, devido ao tratamento discrepante em relação à sucessão do cônjuge, também foi feita análise doutrinária e jurisprudencial no âmbito de alguns tribunais estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e, finalmente, análise do Recurso Extraordinário 878.694/MG recentemente julgado pelo STF. Por fim, consta análise de alguns projetos de lei que buscam modificar a tutela sucessória do companheiro, demonstrando que o legislador não permaneceu inerte em relação a falha regulamentação da matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** União estável. Entidade familiar. Sucessões. Direito real de habitação.

## RÉSUMÉ

Cette monographie aborde la succession entre concubins dans le Droit brésilien en visant la compréhension des motifs du législateur pour avoir réglé ce sujet de la façon qu'il l'a fait et pourquoi la succession des concubins a été l'objet d'une discussion au Supremo Tribunal Federal, la cour constitutionnelle brésilienne, l'occasion que les ministres ont déclaré l'inconstitutionnalité de l'article 1.790 du Code Civil. La recherche sur l'origine de cet article et sur son inclusion dans le Code Civil de 2002 montre que le grand problème a été la longue durée du processus du projet du code au Congrès National. Des recherches de doctrine ont été faites sur l'article 1.790 et sur la question du droit réel d'habitation et, sur ce sujet, des recherches de jurisprudence ont été faites aussi. De la même façon, des analyses de doctrine et jurisprudence ont été faites sur la discussion de l'inconstitutionnalité de l'article 1.790 à cause de la protection trop différant donnée aux concubins en ce qui concerne celle donnée aux époux. Finalement, la monographie analysera quelques projets de loi qui ont l'objectif de modifier le traitement juridique de ceux qui vivent en concubinage, cela montre que le législateur ne se résigne pas en face du règlement problématique de ce sujet.

**MOTS-CLÉS:** Concubinage. Entité familiale. Successions. Droit réel d'habitation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 UNIÃO ESTÁVEL E SUCESSÃO DO COMPANHEIRO</b> .....	10
<b>1.1 DAS MASSAS DE BENS</b> .....	17
<b>1.2 DA CONCORRÊNCIA COM FILHOS OU DESCENDENTES</b> .....	21
<b>1.3 DA CONCORRÊNCIA COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS</b> .....	25
<b>1.4 O SIGNIFICADO DA PALAVRA “HERANÇA” E OS INCISOS III E IV DO         ARTIGO 1.790</b> .....	26
<b>1.5 COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO</b> .....	29
<b>2 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO</b> .....	32
<b>2.1 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> .....	40
<b>2.1.1 Metodologia</b> .....	41
<b>2.1.2 Resultados</b> .....	41
<b>3 DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790</b> .....	47
<b>3.1 POSICIONAMENTO DE TRIBUNAIS ESTADUAIS</b> .....	49
<b>3.2 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> .....	51
<b>3.3 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG</b> .....	53
<b>4 PROJETOS DE LEI QUE OBJETIVAM MODIFICAR A DISCIPLINA DA     SUCESSÃO DO COMPANHEIRO</b> .....	59
<b>CONCLUSÃO</b> .....	64
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	66



## INTRODUÇÃO

O tema abordado na monografia será o da sucessão do companheiro, objetivando analisar o tratamento jurídico dado à matéria, desde a elaboração do Código Civil de 2002 até a recente declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 1.790 pelo Supremo Tribunal Federal. Busca-se não apenas apontar as críticas doutrinárias feitas à atual tutela sucessória do companheiro, mas também tentar compreender a razão de o legislador ter disciplinado a sucessão do companheiro da forma que o fez.

Os vínculos afetivos não formalizados pelo casamento sempre existiram, porém, a união estável apenas foi reconhecida como entidade familiar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mostrando que até poucos anos atrás o legislador buscava proteger apenas as famílias constituídas pelo casamento. Ainda assim, no Código Civil em vigor há menos de 15 anos, portanto bastante recente, não há igualdade de tratamento entre o cônjuge e o companheiro em matéria de sucessão.

Com a entrada em vigor das Leis 8.971/94 e 9.278/96 os companheiros conquistaram o direito a alimentos, ao usufruto de parte dos bens do companheiro falecido, à totalidade da herança na falta de ascendentes e descendentes e o direito real de habitação em relação ao imóvel de residência familiar.

Não obstante estes direitos conquistados, o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 modificou o tratamento conferido à sucessão do companheiro, colocando-o, por vezes, em posição de inferioridade em relação ao cônjuge, o que gera questionamentos acerca da compatibilidade deste artigo com a ordem constitucional, já que a Constituição não estabelece, *a priori*, hierarquia entre o casamento e a união estável.

No primeiro capítulo desta monografia pretende-se expor brevemente acerca do nascimento do instituto da união estável no ordenamento jurídico pátrio, bem como explicar a origem do artigo 1.790 do Código Civil, para que se possa ter uma visão de como ocorreu a criação do tão polêmico artigo. Analisar-se-á, ainda, cada inciso do artigo 1.790, apontando as críticas da doutrina a cada um deles.

No segundo capítulo será tratada a questão do direito real de habitação e o grande debate acerca da matéria, qual seja, se inobstante a falta de menção ao companheiro no artigo 1.831 do Código Civil, que confere ao cônjuge o direito real de habitação, o companheiro pode ser beneficiário deste direito. Além do debate doutrinário, foi realizada também pesquisa jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

No terceiro capítulo será feita análise da discussão acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, tanto no âmbito doutrinário, quanto no âmbito jurisprudencial. Certo é que com a recente finalização do julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG pelo Supremo Tribunal Federal, em que foi fixada tese de repercussão geral, o assunto fica mais pacificado, entretanto, é importante que se conheça os debates que envolveram a matéria até que o STF decidisse acerca da questão.

Por fim, o quarto capítulo mostrará que o Poder Legislativo não ficou inerte a todas as críticas envolvendo o tratamento sucessório do companheiro e ao longo do tempo diversos projetos de lei têm sido propostos objetivando melhorar a sucessão do companheiro. O capítulo apresentará alguns destes projetos.

Ademais, importante ressaltar a importância da discussão, e sobretudo da resolução das controvérsias a respeito do direito sucessório do companheiro, tendo em vista a grande quantidade de casais que optam pela união informal. O direito das sucessões, ao lidar com a morte, fenômeno natural ao qual todos estão sujeitos, interfere diretamente na vida de cada um e é percebido por pessoas que, muitas vezes, enxergam o Direito como algo desconhecido, completamente inacessível e distante da vida cotidiana.

## 1 UNIÃO ESTÁVEL E SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

As uniões informais sempre foram uma realidade nas sociedades, o que não significa que eram devidamente aceitas e protegidas. No Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1916, a união livre, isto é, sem casamento, prolongada entre homem e mulher era chamada de concubinato, sendo considerados concubinos também aqueles que contraíam matrimônio sem valor legal, como ocorre com o casamento apenas religioso, por mais respeitável que fosse a união.<sup>1</sup>

É preciso esclarecer, inicialmente, os conceitos de companheiro e concubino. Se anteriormente o concubinato era a relação prolongada, sem a formalização do matrimônio, atualmente, com o reconhecimento da união estável, entidade familiar informal, configurada pela convivência pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituir família, o concubinato apresenta significado mais restrito.

Conforme o artigo 1.727 do Código Civil, o concubinato, que não é reconhecido como entidade familiar, é constituído pelas relações não eventuais entre aqueles impedidos de casar. Os concubinos, portanto, são aqueles que se encontram em relação de concubinato. Por exemplo: o adotado é impedido de casar com o filho do adotante, de acordo com o inciso V do artigo 1.521, do Código Civil, que enumera os impedimentos do casamento. Caso essas duas pessoas mantenham relações não eventuais, serão concubinos.

Os companheiros, por sua vez, são aqueles que vivem em união estável, cuja definição se encontra no artigo 1.723 do Código Civil. O parágrafo primeiro deste artigo estabelece que a união estável não é configurada caso ocorra algum dos impedimentos previstos no artigo 1.521, exceto se o impedimento for o do inciso VI (pessoas casadas) e a pessoa casada estiver separada de fato ou judicialmente.

Destarte, pode-se dizer que a união estável é o que antes era chamado de concubinato puro e o concubinato impuro, relação entre duas pessoas já casadas, por exemplo, pode ser chamado apenas de concubinato.

Segundo Sylvio Capanema de Souza<sup>2</sup>, o Código Civil de 1916 refletia muito o individualismo e patrimonialismo da época do século XIX e os concubinos não possuíam qualquer direito, pois havia influência direta da moral cristã, sendo apenas legítima a família

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 7 v.

<sup>2</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. A sucessão do companheiro: questões controvertidas. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: v. 13, n. 52, p. 17-27, out./dez. 2010.

constituída pelo casamento, enquanto constituía um “pecado social” as pessoas manterem uniões informais. Quando o concubino era mencionado no texto legal, normalmente era para negar-lhe direito.

Existiam bastantes restrições a este modo de convivência, mas com o passar do tempo alguns direitos foram reconhecidos aos concubinos, começando pela legislação previdenciária, até a jurisprudência passar a admitir a meação dos bens adquiridos pelo esforço comum.<sup>3</sup>

No entanto, apenas na Constituição Federal de 1988 as uniões sem a formalização do casamento ganharam novo status no nosso ordenamento jurídico. O artigo 226, §3º da Constituição dispõe que: “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 respeito deste reconhecimento, Flávio Tartuce tece uma interessante reflexão. Explica que em um passado não muito distante, como o divórcio não era admitido no Brasil como forma de dissolver definitivamente o vínculo matrimonial, a união estável era uma alternativa para casais separados de fato, que não poderiam se casar outra vez. Hoje em dia, o quadro é outro: “[...] no passado, a união estável era constituída, em regra, por falta de opção. Hoje, muitas vezes, por clara opção.”<sup>4</sup>

Alguns anos após o reconhecimento da união estável como entidade familiar, entrou em vigor a Lei 8.971/94, que elencou no artigo 1º os requisitos para o reconhecimento da união estável<sup>5</sup> e possibilitou o companheiro de valer-se da Lei nº 5.478/68 para demandar alimentos do outro.

Esta lei também regulou o direito do companheiro a participar da sucessão do outro, determinando, no artigo 2º, inciso III, que o companheiro teria direito à totalidade da herança, na falta de ascendentes ou descendentes. Ressalta-se que o companheiro passou então a ocupar posição semelhante à do cônjuge, que na ordem da sucessão legítima estabelecida pelo artigo 1.603 do Código Civil de 1916, também ocupava a terceira posição, antes dos

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*.

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v., p. 238.

<sup>5</sup> O direito aos alimentos foi reconhecido à companheira de homem solteiro, separado judicialmente, ou viúvo, que vivia com ele há mais de 5 anos, ou com ele tivesse filhos. O parágrafo único estendeu este direito, nas mesmas condições, ao companheiro.

colaterais. Além disso, o artigo 3º reconheceu o direito à meação dos bens adquiridos por esforço comum dos companheiros.

Em 1996, para regular o parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal, entrou em vigor a Lei 9.278/96, que modificou os requisitos para o reconhecimento da união estável, passando a ser suficiente a comprovação de união duradoura, pública e contínua, entre homem e mulher, com o objetivo de constituir família, conforme artigo 1º. Em seu artigo 5º determinou que há presunção de esforço comum na aquisição onerosa de bens móveis e imóveis, na constância da união estável.

Conforme relata Carlos Roberto Gonçalves<sup>6</sup>, estas leis sofreram duras críticas, pois após a promulgação da Lei 9.278/96, considerando mantidos os dispositivos da Lei 8.971/94 que não confrontavam com os daquela, o companheiro passou a possuir mais direitos do que o cônjuge, como no caso do usufruto vidual e do direito real de habitação, a ser analisado em capítulo específico.

Quando estas questões já estavam superadas pela doutrina e jurisprudência entrou em vigor o Código Civil de 2002, disciplinando a sucessão do companheiro no tão criticado artigo 1.790, que estabelece:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

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

Sem mesmo adentrar no mérito do artigo 1.790 e da tutela sucessória do companheiro atualmente, várias críticas já são feitas a respeito deste artigo estar posicionado em meio as disposições gerais do Direito das Sucessões (Capítulo I do Título I do Livro V do Código Civil), em vez de a matéria estar disciplinada junto com a sucessão do cônjuge, onde há a regulamentação da sucessão legítima.

Em comentário carregado de sarcasmo, Sylvio Capanema de Souza criticou fortemente esta escolha do legislador, dizendo que “não é preciso ser um Savigny ressuscitado

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*.

para se perceber que a sucessão do companheiro não é uma ‘disposição geral’ e, ao revés, um tema especial, umbilicalmente ligado à ordem de vocação hereditária”.<sup>7</sup>

No entanto, o contexto em que o artigo foi inserido no texto do Código Civil era completamente diferente do atual, de modo que as críticas tão duras quanto à escolha do legislador em disciplinar a sucessão do companheiro na parte geral soam excessivas se compreendido o contexto da época.

Um dos anteprojetos do Código Civil é datado de 1963, ou seja, muitos anos antes da união estável ser reconhecida como entidade familiar, embora já fosse uma realidade fática. Ainda assim neste anteprojeto elaborado por Orlando Gomes<sup>8</sup> constava um capítulo dedicado à sucessão da companheira, no título “Da sucessão legal”. O artigo 784 apresentava condições semelhantes às atuais para sucessão da companheira, salvo pequenas diferenças, estabelecendo que:

Art. 784. A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo que em sua companhia tenha estado nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão, nas condições seguintes:

I - Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei é atribuída ao filho:

II - Se concorrer com descendentes do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles;

III - Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

IV - Não havendo parentes sucessíveis, terá direito a dois terços da herança.

Entregue este anteprojeto, foi designada a Comissão Revisora do Código Civil composta por Orozimbo Nonato, Caio Mário Pereira da Silva e o próprio Orlando Gomes. Este anteprojeto revisado foi encaminhado ao Congresso Nacional em outubro de 1965 e iniciou sua tramitação na Câmara dos Deputados como PL 3263/1965<sup>9</sup>.

Com a revisão realizada pela Comissão, o artigo 784 do anteprojeto original de Orlando Gomes sofreu pequenas, porém significativas modificações. A primeira a se destacar é a transferência do artigo para as disposições gerais do título I, “Da Sucessão em Geral”. Além disso, a participação na sucessão passou a ser condicionada à colaboração no aumento ou conservação do patrimônio e em caso de não haver parentes sucessíveis, restou

---

<sup>7</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>8</sup> Anteprojeto de Código Civil, apresentado ao Exmo. Sr. João Mangabeira, Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em 31 de março de 1963, pelo prof. Orlando Gomes. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12916>>.

<sup>9</sup> PL 3263/1965. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=211133>>.

estabelecido que o companheiro receberia a totalidade da herança. Destarte, a versão que constava no projeto de lei era a seguinte:

Art. 668. Participação da companheira - A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo, que com ele tenha vivido nos últimos quatro anos e haja colaborado no aumento ou conservação de seu patrimônio. participará de sua sucessão nas condições seguintes:

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

II - se concorrer com descendente do autor da herança, dos quais não seja ascendente. Tocar-lhe-á somente a metade;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

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

Interessante notar que no Relatório elaborado pela Comissão, ao tratar das alterações no Direito das Sucessões, não se apresenta justificativa para a tutela sucessória da companheira estar inserida na parte geral das sucessões. Sobre a situação da companheira apenas menciona-se:

Acompanhando o sentido da evolução claramente traçado em leis especiais e aceito em muitos julgados, procura o Projeto dar solução humana ao problema da companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo.

Intensifica-se, em nosso direito, o propósito de, em certas circunstâncias, ampará-la após a morte do concubinário. Para esse fim, os Tribunais recorrem a ficções presumindo seu concurso na formação do patrimônio do 'de cujus'. Preferível, no entanto, atribuir-lhe, se comprovada a colaboração, o direito a participar, em determinadas condições, da sua sucessão (Art. 668) tanto mais quanto a atribuição aproveitará inúmeros casais que não se uniram pelos laços do matrimônio civil.<sup>10</sup>

Contudo, este projeto não se transformou em lei. Em junho de 1966 foi solicitada sua retirada de pauta, assim como a do projeto referente ao Código das Obrigações<sup>11</sup>, para que o assunto fosse reexaminado. Há que se ter mente que neste momento o Brasil vivenciava o governo militar, extremamente conservador, enquanto o Projeto de Código Civil possuía um espírito bastante modernizador.

Então, em maio de 1969, demonstrando que a ideia de reforma do Código Civil não fora abandonada, a Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Códigos do Ministério da Justiça constituiu a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, sob a

---

<sup>10</sup> Relatório do Projeto de Código Civil elaborado por Orosimbo Nonato, Caio Mário Pereira da Silva e Orlando Gomes. Publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, Suplemento ao nº 162. 30 de out. 1965. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30OUT1965SUP.pdf#page=1>>, p. 31.

<sup>11</sup> O anteprojeto de 1963, que deu origem ao PL 3263/1965, não disciplinava o Direito das Obrigações. Este seria objeto de um código próprio. Sua tramitação ocorreu simultaneamente à do Projeto de Código Civil, sob o nº 3264/65.

coordenação de Miguel Reale, que logo abandonou a ideia de existir um Código das Obrigações separado do Código Civil. Em 1972, foi publicado anteprojeto, objeto de grandes debates não apenas no meio jurídico, mas em diversos âmbitos da sociedade.

Aproveitando todo o material oriundo das discussões, a Comissão voltou a reunir-se outras vezes, objetivando a elaboração de um anteprojeto que, ao menos na teoria, realmente confirmasse as aspirações da sociedade, o que resultou em um novo anteprojeto, publicado em 1974. Então, novas sugestões foram analisadas pela Comissão, dando origem ao projeto final, enviado ao Congresso Nacional.

Verifica-se que, originalmente, não havia qualquer menção a sucessão do companheiro no Projeto de Lei 634/1975<sup>12</sup>, que deu origem ao atual Código Civil, demonstrando que em meio às discussões da época, o artigo que tratava da matéria foi suprimido.

Todavia, quando o projeto de lei já tramitava no Senado, o Senador Nelson Carneiro sugeriu a inclusão como parágrafo único do art. 1.852, ou onde convir, dispositivo que trata da sucessão do companheiro, com a seguinte redação:

A companheira do homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que em sua companhia tem estado nos cinco anos precedentes à sua morte ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão nas condições seguintes:

I – Se concorrer com filhos comuns terá direito a uma cota equivalente a que por lei é atribuída ao filho;

II – Se concorrer com descendentes do autor da herança dos quais não seja ascendentes tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles;

III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito à metade da herança;

IV – Não havendo parentes sucessíveis terá direito a dois terços da herança.<sup>13</sup>

Como justificção, além de recordar que tal disposição constava no anteprojeto de Orlando Gomes, menciona que na falta de disposição legal, os juízes acabam se valendo de fórmulas complexas para amparar as companheiras, como divisão do patrimônio das sociedades de fato ou remuneração por serviços prestados.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> PL 634/1975. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>>.

<sup>13</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação no Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2012. 3v. p. 236-237. Disponível em:

<[http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v3\\_ed1.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v3_ed1.pdf)>.

<sup>14</sup> *Ibidem*..



Ressalta-se que essa emenda, nº 358, foi proposta antes da Constituição Federal de 1988 e que o artigo 1.852, ao qual o senador sugeriu inserir o parágrafo único, tratava da sucessão hereditária, não das disposições gerais do direito das sucessões.

Já o parecer final, pelo Senador Josaphat Marinho, deu-se após a promulgação da Constituição atual, então já foi feita no *caput* alusão à união estável e decidiu por seguir a orientação do professor Orlando Gomes em colocar a disciplina da sucessão do companheiro na sucessão em geral, como dispositivo autônomo. No inciso III reduziu-se a participação do companheiro a um terço da herança, para que não ficasse maior que a do cônjuge, e no inciso IV elevou-se a participação do companheiro para totalidade da herança, quando não há parentes sucessíveis.<sup>15</sup>

Desta forma, a Emenda do Senado Federal nº 300 (correspondente à Subemenda à Emenda nº 358) foi aprovada pelo Senado com a seguinte redação:

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 cota 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.<sup>16</sup>

Em 1997, o PL 634/1975 voltou para Câmara dos Deputados, onde foi proposto um novo texto para a Emenda Senatorial nº 300, que foi acolhida na forma da seguinte subemenda:

Art. 1.802. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação no Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2012. 3v. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v3\\_ed1.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v3_ed1.pdf)>.

<sup>16</sup> *Ibidem.*, p. 524.

<sup>17</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turno**. Brasília: Senado Federal, 2012. 4 v. p. 74. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v4\\_ed1.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf)>.

Desta forma, o artigo chegou à sua redação atual que, com a renumeração dos artigos passou a ser o 1.790. Portanto, o “erro” não foi especificamente do legislador, mas a grande falha do artigo ocorreu em virtude da longa tramitação do projeto de lei. O que à época era bastante inovador, quando de fato entrou para o ordenamento jurídico já se encontrava distante da realidade social:

Quando o senador Néelson Carneiro apresentou a emenda que, em linhas gerais, resultou no art. 1.790, era outra a realidade social. Nem mesmo a Constituição de 1988 estava em vigor. A longa tramitação do Projeto, as transformações sociais e as mudanças legislativas que ocorreram no período, enfim, a evolução e o avanço verificados no direito positivo com relação à matéria tornaram aquela emenda – liberal e progressista no tempo em que apareceu – desatualizada e precária na época presente.<sup>18</sup>

Com efeito, considerando o contexto atual, em que a união estável não mais é vista pelos olhos da sociedade de forma tão preconceituosa, é incompreensível que não seja feita menção ao companheiro no artigo 1.829 do Código Civil, que trata da ordem de vocação hereditária e, por outro lado, a sucessão do companheiro seja tratada em artigo totalmente afastado deste.

Ademais, analisando o artigo 1.790 chega-se à conclusão de que em meio a tantas falhas no artigo, que abrem margem para diversas discussões e diferentes interpretações, a localização da disciplina da sucessão do companheiro no Código Civil é o menor dos problemas.

## 1.1 DAS MASSAS DE BENS

A primeira observação a ser feita diz respeito ao *caput* do artigo 1.790 limitar a participação do companheiro na sucessão do outro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ou seja, aos bens comuns.

Para que fique bem claro, é preciso lembrar que se não houver contrato escrito entre os companheiros estipulando de forma diversa, é aplicável na união estável o regime da comunhão parcial de bens, conforme artigo 1.725 do Código Civil.

---

<sup>18</sup> VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, III., 2001. Ouro Preto. *Anais*. p. 13. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/188.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/188.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2017.

Neste regime de bens, regulamentado nos artigos 1.658 a 1.666, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância da união. Destarte, a partir da leitura do *caput* do artigo 1.790 chega-se à conclusão de que o companheiro sobrevivente herdará parte ou a integralidade – a depender do caso - da outra metade dos bens que a ele já pertencem a título de meação.

Embora não seja objeto deste trabalho, é importante trazer breve consideração acerca da meação. Segundo Maria Berenice Dias “[...] o universo dos bens adquiridos durante o período de convivência - seja casamento, seja união estável - pertence a ambos. Cada um é titular da metade de cada um dos bens. Daí a expressão meação: metade dos bens comuns.”<sup>19</sup> Importante consignar ainda:

Os bens que integram a meação de cada um são de sua propriedade exclusiva, ainda que permaneçam em estado de mancomunhão, feia expressão que não consta da lei, mas significa que o patrimônio comum pertencente a ambos em partes iguais.

É o regime de bens que permite saber se existe direito à meação. Somente nos regimes em que há comunhão de patrimônios cabe falar em mancomunhão. Depois é preciso identificar se os bens foram adquiridos gratuita ou onerosamente, durante a vigência do casamento ou em momento anterior. Esta é a única forma de apurar o patrimônio a ser dividido ao meio, daí "meação".<sup>20</sup>

Retomando o tema da sucessão na união estável, a participação do companheiro sobrevivente na sucessão do outro ser limitada aos bens comuns é bastante criticada. Para Ana Luiza Maia Nevares<sup>21</sup> este fato pode causar muitas injustiças. Por exemplo, se o *de cujus* apenas possuía bens adquiridos a título gratuito, como doação ou herança, seu companheiro então nada receberá de herança, enquanto alguns parentes distantes poderão receber ou, ainda pior, não havendo esses parentes, ficará para o Estado e o companheiro desamparado, até porque também há omissão quanto ao direito real de habitação a favor dele.

Zeno Veloso também faz forte crítica à sucessão do companheiro ocorrer apenas em relação aos bens dos quais ele já é meeiro:

---

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. Ver, atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 299.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo *de cuius* na vigência da união estável não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu outros bens durante o tempo da convivência. Ficará essa mulher – se for pobre – literalmente desamparada, mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento. O problema se mostra mais grave e delicado se considerarmos que o novo Código Civil nem fala no direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, ao regular a sucessão entre companheiros, deixando de prever, em outro retrocesso, o benefício já estabelecido no art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96.<sup>22</sup>

Entretanto, ainda que criticável em razão da possibilidade do desamparo do companheiro sobrevivente, é importante recordar a justificativa da existência de tal restrição.

Conforme já mencionado, o trecho “quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável” foi inserido no final da tramitação do projeto de lei que deu origem ao Código Civil vigente, quando retornou à Câmara dos Deputados. De acordo com a justificativa do Relator-Geral, Deputado Ricardo Fíuza<sup>23</sup>, para a Subemenda de Redação do Relator Geral nº 56, a Relatoria Parcial opinou no sentido de rejeição da emenda senatorial nº 300 sob o fundamento de que o projeto já disciplinava o relacionamento patrimonial dos companheiros ao tratar da união estável, permitindo que convencionem o regime de bens ou, caso isso não seja feito, a aplicabilidade do regime da comunhão parcial.

O deputado ponderou que o acolhimento da emenda, da forma que estava, faria com que o companheiro tivesse tratamento privilegiado em relação ao cônjuge. Tampouco poderia rejeitar a emenda senatorial, pois em virtude do reconhecimento do instituto da união estável, incluindo o reconhecimento do companheiro como herdeiro, no art. 2º, III, da Lei 8.971/94, era necessário que a sucessão do companheiro fosse disciplinada.

Portanto, considerando que o projeto já estabelecia como aplicável à união estável, salvo convenção entre os companheiros, o regime da comunhão parcial de bens, no qual se comunicam os bens adquiridos onerosamente durante a constância da sociedade conjugal (já que excluem-se da comunhão os adquiridos por doação ou sucessão), para que os direitos

---

<sup>22</sup> VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.); OLIVEIRA, Euclides Benedito de (coautor). **Direito de família e o novo código civil**. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 235-249. p. 243.

<sup>23</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turno**. Brasília: Senado Federal, 2012. 4 v. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v4\\_ed1.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf)>. p. 71-74.

sucessórios do companheiro não fossem mais benéficos do que os do cônjuge foi decidido por restringir a sucessão do companheiro aos bens que a ele já pertenciam.

No entanto, esta disposição ainda pode colocar o companheiro em situação mais vantajosa do que o cônjuge. Isso porque o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, estabelece que o cônjuge concorre com os descendentes, “salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

Ora, os regimes de bens que são parte da exceção à regra de que cônjuge concorre com os descendentes são justamente aqueles em que há bens comuns, logo, em que existe o direito à meação. Desta forma, o cônjuge só concorre com os descendentes quando não é meeiro, já para o companheiro o direito à herança só existe quando for meeiro, visto que se não houver bens comuns ele fica excluído da sucessão.

Imaginemos que Roberto e Júlia são casados pelo regime da comunhão parcial de bens, sem bens particulares, e possuem um filho. Se Júlia falecer deixando R\$ 100.000,00 (cem mil reais), Roberto ficará com R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), referente à meação, e a outra metade vai integralmente para o filho do casal, já que Roberto não concorre na herança com o filho, por força do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

Todavia, se Roberto e Júlia vivessem em união estável, possuindo apenas bens adquiridos onerosamente na constância da união e Júlia falecer deixando os mesmos R\$ 100.000,00 (cem mil reais), Roberto ficará com a sua meação mais R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), referente à metade da outra parte da herança, que divide igualmente com o filho, conforme artigo 1.790, inciso I, do Código Civil.

Portanto, considerando que o *caput* do artigo 1.790 restringe o direito de o companheiro sobrevivente herdar apenas os bens comuns, haverá duas massas de bens: uma referente ao que foi adquirido onerosamente na constância da união estável, incidindo sobre esta massa as regras do artigo 1.790 e outra formada pelos demais bens (adquiridos a título gratuito ou anteriores à união estável), sobre a qual a partilha será feita de acordo com as regras da ordem de vocação hereditária, regulamentada nos artigos 1.829 e seguintes do Código Civil.

## 1.2 DA CONCORRÊNCIA COM FILHOS OU DESCENDENTES

Nos incisos I e II do artigo 1.790 está regulamentada a sucessão do companheiro ao concorrer com filhos ou descendentes comuns e exclusivos do falecido, respectivamente. Na verdade, há que se notar que o inciso I faz referência a “filhos comuns”, enquanto o inciso II refere-se a “descendentes só do autor da herança”, equívoco na redação tratado por Flávio Tartuce como um “cochilo legislativo do codificador civil de 2002”<sup>24</sup>.

Com efeito, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves<sup>25</sup> prevalece na doutrina a ideia de que foi utilizada, no inciso I, a palavra “filho” quando, na verdade, a intenção é regular a concorrência com descendentes. No inciso II foi corretamente empregada a palavra “descendentes”, portanto, é possível compatibilizar a regra do inciso I com a do inciso II, através de interpretação extensiva e sistemática. Inclusive, na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 266 consignando que “aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

Carlos Roberto Barbosa Moreira, atualizador do volume VI da obra *Instituições de Direito Civil*, de Caio Mário<sup>26</sup>, faz a observação de que se o inciso I não for entendido como descendentes comuns, os descendentes comuns mais remotos, como netos e bisnetos, estariam incluídos no conceito de “outros parentes sucessíveis” do inciso III, o que poderia provocar resultados absurdos, como o companheiro ficar com mais direitos do que o cônjuge.

Isso ocorreria porque quando o cônjuge concorre com descendentes comuns do autor da herança, a divisão é feita em quinhões iguais, assegurada quota mínima de um quarto para o cônjuge, conforme artigo 1.832 do Código Civil<sup>27</sup>. Desta forma, se o falecido deixar pelo menos quatro netos, o cônjuge terá direito a um quarto da herança – ao invés de um quinto. Por outro lado, se o inciso I do artigo 1.790 tratasse apenas de filhos e, conseqüentemente, descendentes comuns estivessem enquadrados no inciso III, ao companheiro concorrendo com quatro netos seria assegurada a quota de um terço, logo, mais do que receberia se casado fosse.

---

<sup>24</sup> TARTUCE, Flávio, *op cit.*, p. 246.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*.

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 6 v.

<sup>27</sup> “Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”

Especificamente sobre o inciso II, conforme explicado na atualização da obra de Caio Mário<sup>28</sup>, há um pequeno defeito em sua redação, pois não necessariamente todos os descendentes exclusivos do falecido terão direito a frações idênticas. Isso porque, é possível que o autor da herança tenha, por exemplo, filhos vivos e um premorto, que deixou dois netos para o autor da herança. Neste caso, os filhos vivos herdarão por direito próprio e os netos por estirpe. Então, os netos dividirão a quota do filho premorto do autor da herança. Portanto, a “metade” a que se refere o texto legal, deve ser entendida como metade do que couber aos que herdaram por direito próprio.

Contudo, o que mais gera discussões é a falta de previsão legal para a hipótese de concorrência simultânea do companheiro com descendentes comuns, dele e do autor da herança, e descendentes exclusivos do *de cuius*. São diversas possibilidades, por exemplo, a partilha pode ser realizada como se todos os descendentes fossem comuns, hipótese em que o companheiro receberia quota igual à dos descendentes; como se todos fossem exclusivos, recebendo o companheiro metade do que couber aos descendentes ou através de cálculos matemáticos para se chegar à correta proporção em que o companheiro receberá quota igual em relação aos descendentes comuns e metade do que couber aos exclusivos.

O que não pode ocorrer, e neste aspecto não há dúvidas, é o filho exclusivo do *de cuius* receber mais do que o comum, ou vice-versa, devido ao princípio da igualdade jurídica dos filhos, independentemente de suas origens, expresso no artigo 227, §6º, da Constituição Federal e artigo 1.596, do Código Civil<sup>29</sup>.

De acordo com Flávio Tartuce<sup>30</sup>, baseado na tabela doutrinária de Cahali, a corrente majoritária defende a aplicação do inciso I, ou seja, a divisão feita de forma igualitária, ficando afastado o direito dos filhos exclusivos do falecido de receberem o dobro do companheiro.

Nota-se que, embora a conclusão pela aplicação do inciso I nos casos de filiação híbrida é coincidente para muitos autores, os motivos que levam cada um a pensar dessa forma pode divergir.

---

<sup>28</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*

<sup>29</sup> O artigo 227, §6º, da Constituição, e o artigo 1.596, do Código Civil, dispõem que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*

Mario Luiz Delgado Regis, por exemplo, embasa sua posição no que ocorre na sucessão do cônjuge, quando há filiação híbrida:

Da mesma forma que só foi assegurada ao cônjuge sobrevivente a reserva da quarta parte da herança quando todos os descendentes com os quais concorresse fossem comuns, o privilégio assegurado aos descendentes do companheiro falecido de receberem o dobro do quinhão que couber ao companheiro sobrevivente só é assegurado quando inexistirem descendentes comuns, sob pena de se infringir o princípio constitucional da igualdade.<sup>31</sup>

Sylvio Capanema de Souza<sup>32</sup>, por sua vez, afirma que já que é preciso escolher qual dos dois incisos deve prevalecer, considerando que a aplicação em conjunto é incompatível com o princípio da igualdade entre os filhos, prefere a mais benéfica ao companheiro, que já é bastante prejudicado na sucessão.

O atualizador do Volume VI da obra de Caio Mário<sup>33</sup> defende a divisão por cabeça sob esse mesmo fundamento, ainda ressaltando que ao companheiro não é reservada uma quota mínima, como é ao cônjuge, de modo que se existirem muitos descendentes a fração do companheiro pode ser bastante baixa, principalmente considerando que será calculada apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

O autor, contudo, afirma que uma das prováveis razões para que alguns prefiram a solução do inciso II seria o fato de que a divisão por cabeça pode fazer com que os bens mudem de linhagem, já que o que for transmitido ao companheiro sobrevivente, quando este falecer será transmitido aos herdeiros deste (até mesmo a um novo cônjuge ou companheiro), não aos herdeiros do autor da primeira herança, enquanto a solução do inciso II concentra a maior parte da herança com os descendentes. Todavia, pondera que na atual legislação brasileira, cônjuge e companheiro concorrem ordinariamente com parentes do *de cujus*, fazendo com que a mudança de linhagem dos bens seja inevitável em muitos casos.

Já Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>34</sup> chama a atenção para o uso da expressão “só do autor da herança” no inciso II, o que leva a conclusão de que a diminuição da quota para a metade alcança o companheiro quando concorrer apenas com descendentes exclusivos do *de cujus*.

---

<sup>31</sup> REGIS, Mario Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariangela Guerreiro (coord.). **Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010. p. 127-157. p. 152.

<sup>32</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. *Op. cit.*.

<sup>33</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*.

<sup>34</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.



Dentre aqueles que privilegiam a aplicação do inciso II, ou seja, defendem que o companheiro deve herdar metade do que couber aos descendentes, como se todos fossem exclusivos do *de cuius*, Maria Helena Diniz<sup>35</sup> ressalta que o que está em questão é o vínculo de filiação com o autor da herança, não com o companheiro sobrevivente, razão pela qual devem ser privilegiados os descendentes, utilizando como fundamento o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual o juiz deve atender aos fins sociais da norma quando aplicá-la.

Neste mesmo sentido, também adepto desta corrente, expõe Flávio Tartuce:

Ora, como a sucessão é do falecido, havendo dúvida por omissão legislativa, os descendentes devem ser tratados como se fossem dele, do falecido. Essa corrente parece ser a melhor a ser seguida também pelo fato de que, entre tutelar o companheiro e filhos, prefere os últimos, pois o companheiro recebe meia quota daquilo que é atribuído aos descendentes. O mandamento constitucional prefere os filhos ao companheiro, o que pode ser facilmente percebido pela leitura de várias regras que estão no art. 227 do Texto Maior.<sup>36</sup>

Uma terceira corrente defende a aplicabilidade do inciso III, considerando que por não haver a possibilidade do enquadramento da filiação híbrida nos incisos antecedentes é dada uma interpretação extensiva à expressão “outros parentes sucessíveis”. Todavia, de acordo com Flávio Tartuce<sup>37</sup>, que se baseia na tabela Cahali, apenas Mário Roberto Carvalho de Faria é adepto a este pensamento.

Finalmente, há uma quarta corrente, que conjuga técnica jurídica e matemática, de forma a solucionar perfeitamente o problema da ausência de previsão sobre a concorrência quando há filiação híbrida, através de fórmulas matemáticas engenhosas.

Uma destas fórmulas é conhecida como Fórmula Tusa, criada pelo professor Gabriele Tusa com o auxílio do economista Fernando Curi Peres. Seus criadores utilizaram-se de médias ponderadas, permitindo que seja descoberto o quinhão pertencente a cada descendente e companheiro respeitando, simultaneamente, os dois primeiros incisos do artigo 1.790.

Conforme explica Flávio Tartuce<sup>38</sup>, esta fórmula é muito prestigiada no meio acadêmico, sendo abordada na doutrina em várias obras sobre o tema, por exemplo, por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Francisco José Cahali, Maria Helena Diniz e

---

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6 v.

<sup>36</sup> TARTUCE, Flávio, *op. cit.*, p. 251.

<sup>37</sup> *Ibidem.*

<sup>38</sup> *Ibidem.*

Maria Berenice Dias. Contudo, reconhece que na prática é bastante complicada sua efetivação, pois geralmente os operadores do Direito não possuem tanta afinidade com a matemática, sendo muito difícil para o aplicador a resolução dos cálculos da fórmula.

### 1.3 DA CONCORRÊNCIA COM OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS

O inciso III atribui ao companheiro quota de um terço da herança quando concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais até o quarto grau). Carlos Roberto Gonçalves<sup>39</sup> entende ser razoável esta divisão, levando em consideração que o companheiro receberá quota igual à atribuída a cada um dos pais do falecido, porém, se um dos pais for pré-morto, o outro fica com dois terços, enquanto o companheiro fica com o terço restante.

Contudo, critica ser reservado ao companheiro o montante fixo de um terço do acervo sucessível ao invés da metade. Isso porque o companheiro e o *de cujus* passaram um período de tempo dividindo suas vidas, enquanto os outros parentes sucessíveis não contribuíram na formação do patrimônio.

Esclarece que se os pais do falecido já tiverem morrido, são chamados os ascendentes de segundo grau (avós). Sendo os quatro avós vivos, os dois terços restantes (o outro um terço é a quantia fixa destinada ao companheiro) serão divididos entre eles, ficando cada um com um sexto.

Se em uma das linhas tiver apenas um dos avós e na outra tiverem os dois, vai um terço para cada linha, sendo que na linha em que os dois avós são vivos, cada um ficará com um sexto (o um terço será dividido entre eles).

O que o autor considera incompreensível é o companheiro ficar sujeito à concorrência sucessória com os colaterais até quarto grau. Até porque o sistema anterior protetivo da união estável determinava que o companheiro receberia a totalidade da herança na falta de ascendentes ou descendentes do falecido, ou seja, afastava os colaterais na ordem de vocação hereditária.

Por esta razão, Ana Luiza Maia Nevares<sup>40</sup> acredita que esta hipótese do inciso III, que contempla concorrência com os ascendentes e colaterais até quarto grau, é objeto da crítica mais contundente em relação à sucessão do companheiro.

---

<sup>39</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*.

<sup>40</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, *op. cit.*.

Enfatiza que o sistema atual é injusto, pois o companheiro compartilhava a vida com o *de cujus* e receberá apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, enquanto os colaterais receberão dois terços, além dos demais bens do autor da herança.

Flavio Tartuce<sup>41</sup> demonstra que compartilha dessa opinião afirmando que a tese da inconstitucionalidade do artigo 1.790 ganha reforço no inciso III, pois desfavorece o companheiro em relação a parentes longínquos, que muitas vezes não possuem contato social.

Interessante que Tartuce é favorável ao aumento do grau de parentesco colateral para fins sucessórios, mas apenas para afastar o Estado e não para preterir o companheiro, “que deveria estar sempre em posição de privilégio hereditário em relação aos transversais”.<sup>42</sup>

Por fim, vale expor a crítica feita por Zeno Veloso à lei privilegiar vínculos biológicos em detrimento de vínculos de amor e afetividade:

A família, hoje, é muito diferente da família patriarcal. É menor, menos hierarquizada. Fala-se em família nuclear, na qual predominam os laços de afetividade e os princípios da liberdade e igualdade. O legislador não pode dar as costas para esse fato social.

Na sociedade contemporânea, já estão muito 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 cujus*. Temos de convir: isso é demais!<sup>43</sup>

#### **1.4 DO SIGNIFICADO DA PALAVRA “HERANÇA” E OS INCISOS III E IV DO ARTIGO 1.790**

O fato de o *caput* do artigo 1.790 determinar que a participação do companheiro sobrevivente na sucessão do outro é limitada aos bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável gera certa divergência quanto à interpretação da palavra herança, presente nos incisos III e IV.

O inciso III prescreve que o companheiro tem direito a um terço da herança se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais até o quarto grau) e o

---

<sup>41</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*

<sup>42</sup> *Idem.*, p. 247.

<sup>43</sup> VELOSO, Zeno, *op. cit.*, p. 248.

inciso IV estabelece que não havendo parentes sucessíveis cabe ao companheiro a totalidade da herança. Desta forma, há o questionamento: nestes casos, a palavra herança estaria em seu sentido próprio, mais abrangente, referindo-se a todos os bens ou deve ser interpretada em conjunto com o *caput* do artigo como a herança a qual o companheiro tem direito?

Ressalta-se que no inciso IV, interpretar que a palavra herança diz respeito apenas aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável - já que pela boa técnica legislativa a disposição do *caput* deve ser aplicável aos seus incisos - pode ter como consequência a concorrência do companheiro com o Estado. Isso porque, se existirem bens particulares, aos quais o companheiro sobrevivente não tem direito, não havendo outros parentes sucessíveis esta parcela será considerada herança vacante e os bens iriam para o Poder Público.

Ocorre que, se assim for interpretado, há uma incompatibilidade entre o art. 1.790, IV e o artigo 1.844, que dispõe:

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Não obstante, Flávio Tartuce<sup>44</sup>, com base na tabela doutrinária Cahali, afirma que o entendimento majoritário, ao qual ele é adepto, é no sentido de que se apegando ao texto legal, parece mais acertado analisar o inciso IV em conjunto com o *caput*, ou seja, incidindo apenas sobre bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Porém, se for assim, os demais bens iriam para o Poder Público, o que esbarra na redação do artigo 1.844. Portanto, preferir o companheiro seria lastimável, acreditando o autor ser a transmissão plena dos bens ao companheiro a melhor solução.

Além disso, Tartuce tem descrença no fato de atribuir os bens ao Estado, não por ser contra a atribuição em si, mas devido à falta de interesse dos entes públicos em relação a esses bens, sobretudo os imóveis, que muitas vezes ficam abandonados.

Maria Helena Diniz<sup>45</sup>, seguindo o raciocínio de que a herança vacante é uma situação de fato em que, embora a sucessão seja aberta, não há quem se intitule herdeiro, e apenas por essa razão o Poder Público entra na condição de sucessor irregular, entende que se não houver outros parentes sucessíveis ou estes renunciarem, o companheiro deve ficar com a totalidade absoluta da herança (incluindo os bens adquiridos gratuitamente ou antes da união estável),

---

<sup>44</sup> TARTUCE, Flávio, *op. cit.*.

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*

em observância à primeira parte do artigo 1.844, norma especial relativa à herança vacante, que se sobrepõe ao artigo 1.790, IV: “Isto seria mais justo, pois seria inadmissível a exclusão do companheiro sobrevivente, que possuía laços de afetividade com o *de cuius*, do direito à totalidade da herança dando prevalência à entidade pública.”<sup>46</sup>

Carlos Roberto Barbosa Moreira, em atualização do volume VI da obra Instituições de Direito Civil, de Caio Mário<sup>47</sup>, também acredita que nos incisos III e IV a palavra herança deve ser entendida em seu sentido próprio e mais abrangente. Por outro lado, Tania da Silva Pereira, atualizadora do volume V, opina no sentido de que apenas no inciso IV a base de cálculo seria todo o patrimônio. Mas Carlos Roberto Barbosa Moreira pensa ser incoerente dar sentido diverso à expressão herança, utilizada em um mesmo artigo, apenas incisos diferentes. Para ele, ou a expressão fica subordinada ao *caput* sempre, ou a limitação é entendida apenas nos incisos I e II, enquanto nos demais a palavra herança é interpretada em seu sentido mais abrangente.

Segundo Ana Luiza Maia Nevares, esta tendência de interpretar a palavra herança em seu sentido próprio e mais abrangente, incluindo também o inciso III, demonstra “o enorme esforço dos doutrinadores em extrair das disposições do Código Civil soluções hermenêuticas que melhorem a posição da sucessão do companheiro.”<sup>48</sup>

Em sentido contrário, Inácio de Carvalho Neto<sup>49</sup> entende que a lei é injusta, mas que não é possível dela extrair a interpretação de que no inciso IV não se aplica a limitação da herança do companheiro incidir apenas sobre os bens comuns. Assim, o artigo 1.844 deve ser interpretado em consonância com o *caput* do artigo 1.790, podendo a herança ser parcialmente vacante se o *de cuius* só tiver como herdeiro o companheiro, mas deixou bens anteriores à união estável.

Da mesma forma, Zeno Veloso defende que quando o inciso IV fala em totalidade da herança está se referindo à totalidade do que o companheiro sobrevivente está autorizado a receber:

---

<sup>46</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 174.

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva, *op. cit.*.

<sup>48</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia, *op. cit.*, p. 116.

<sup>49</sup> NETO, Inacio de Carvalho. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

O operador do Direito tem de compreender a sucessão dos companheiros diante do comando imperativo, da regra geral do art. 1.790, caput, que subordina todas as demais prescrições a respeito do tema. A não ser que, para escapar da esdrúxula e injusta solução do novo Código Civil, dê-se ao assunto entendimento que desborde da interpretação – mesmo construtiva –, que é admissível e até louvável, ingressando no campo da criação normativa, o que ao intérprete é vedado, ao próprio juiz é proibido, porque estará tomando o lugar e exercendo função do Legislativo, praticando um excesso, uma usurpação, um abuso de poder.<sup>50</sup>

## 1.5 COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

Inicialmente, tem-se que o companheiro não é herdeiro necessário, pois pela dicção do artigo 1.845 do Código Civil apenas os descendentes, os ascendentes e o cônjuge são.

Entretanto, o artigo 1.850<sup>51</sup> não faz menção ao companheiro ao explicitar de que forma podem ser excluídos da sucessão os colaterais, que seriam a classe de herdeiros não contemplada no artigo 1.845. Desta forma, abre-se margem para a interpretação de que se apenas os colaterais podem ser excluídos da sucessão pelo testador, o companheiro seria herdeiro necessário.

Na origem, a redação destes dispositivos é a mesma desde o início da tramitação do PL 634/75, que originou o Código Civil atual. Quando do reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988 o projeto tramitava no Senado Federal e nenhuma proposta de emenda foi feita para incluir o companheiro no artigo 1.845, à época 1.896. Como nem mesmo houve proposta neste sentido, não é possível concluir se a exclusão do companheiro do rol dos herdeiros necessários foi proposital, caso uma emenda neste sentido tivesse sido rejeitada, por exemplo, ou se foi desatenção e inércia do legislativo.

Certo é que tal exclusão do companheiro dos herdeiros necessários pode provocar sérias consequências, uma vez que a legítima, constituída de metade dos bens da herança, pertence aos herdeiros necessários, conforme artigo 1.846. Destarte, a possibilidade de que o testador disponha de todo seu patrimônio, não reservando nada ao seu companheiro, motiva a busca por interpretações, por parte de alguns doutrinadores, que permitam concluir pela qualidade de herdeiro necessário do companheiro.

---

<sup>50</sup> VELOSO, Zeno, *op. cit.*, p. 246.

<sup>51</sup> “Art. 1.850: Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.”

Defendendo este posicionamento, Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>52</sup> aduz justamente que o artigo 1.850 suprime direito patrimonial constitucional, devendo ser interpretado de modo estrito. Sendo assim, o companheiro, que compartilhou uma vida inteira com o *de cuius*, formando um núcleo familiar constitucionalmente protegido, como herdeiro necessário não correria o risco de ficar totalmente desamparado por mero capricho do autor da herança, que poderia beneficiar terceiro com todo seu patrimônio através do testamento.

No entanto, para abrandar seu posicionamento de que o companheiro sobrevivente seja considerado herdeiro necessário pleno, o autor pugna que, pelo menos, seja admissível que o julgador orfanológico identifique o companheiro como herdeiro necessário especial ou *sui generis*, apurando a base de cálculo em conformidade com o disposto no artigo 1.790 e seus incisos, de modo que não poderia ser excluído por testamento das quotas hereditárias já restritas contidas neste artigo.

Também sustentando a posição do companheiro como herdeiro necessário, Carlos Roberto Barbosa Moreira, em atualização do volume VI da obra de Caio Mário, explica que:

Ora, neste ponto, cabe lembrar a função desempenhada pela sucessão legítima e, em particular, pela sucessão necessária: assegurar proteção à família. Tanto mais eficaz será tal proteção quanto mais favorável à família for, em caso de dúvida, a exegese de um dado dispositivo legal. Assim, entre duas interpretações possíveis, cabe ao intérprete dar preferência à que melhor realize aquela função.<sup>53</sup>

Por outro lado, Maria Helena Diniz afirma que o companheiro pode ser excluído da herança, tendo direito apenas à meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, tecendo ainda o seguinte comentário:

A relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente sobrevivente, não sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite, ficando em desvantagem. Não poderia ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, visto que a Constituição Federal a considera como entidade familiar apenas para fins de proteção estatal, por ser um fato cada vez mais frequente entre nós.<sup>54</sup>

Já Inácio de Carvalho Neto, embora defenda a posição de que no sistema em vigor atualmente o companheiro não é herdeiro necessário, considera tal distinção em relação ao

---

<sup>52</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Op. cit.*

<sup>53</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 151.

<sup>54</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 178-179.

cônjuge injustificável e chama a atenção para o fato de que excluir por completo o companheiro da sucessão pode ser bastante peculiar e não tão fácil:

[...] havendo herdeiros necessários, em princípio, não pode o testador testar todos os seus bens, devendo respeitar a legítima. Entretanto, se respeitar a legítima, testando apenas parcialmente, na parte não abrangida no testamento herdarão os herdeiros necessários (descendentes, ascendentes ou cônjuge), mas com eles concorrerá o companheiro, nas condições do art. 1.790; assim, não alcançará o testador o seu intento de afastar o companheiro da sucessão. Para realmente afastar o companheiro da sucessão, quando houver herdeiros necessários, terá o testador que desrespeitar a legítima, testando todos os seus bens (ainda que em favor dos próprios herdeiros necessários). Caberá, então, a redução do testamento. Porém, a redução só pode ser requerida pelos herdeiros necessários e só aproveita àqueles que a pedirem. Assim, o companheiro não poderá pedir a redução do testamento, e não se aproveitará da redução pedida por qualquer herdeiro necessário; portanto, estará ele realmente afastado da sucessão. Entretanto, é no mínimo estranho que o testador tenha que se valer de um expediente de certa forma ilícito para obter um fim lícito.<sup>55</sup>

Segundo Flávio Tartuce<sup>56</sup>, socorrendo-se da tabela do Professor Francisco Cahali, esta é a posição majoritária. Sustentam esse entendimento, no sentido de que o companheiro não é herdeiro necessário, seguindo a dicção do artigo 1.845, dentre outros autores: Mário Delgado, Sílvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz, Eduardo de Oliveira Leite, Francisco José Cahali, Marcelo Truzzi Otero, Rolf Madaleno, Inácio de Carvalho Neto e o próprio Flávio Tartuce.

---

<sup>55</sup> NETO, Inácio de Carvalho de. *Op. cit.*, p. 193-194.

<sup>56</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*.



## 2 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Dentre os aspectos polêmicos que envolvem a sucessão do companheiro está o direito real de habitação, em relação ao imóvel de residência do casal. Na lição de Fábio Ulhoa Coelho:

[...] a habitação é um usufruto limitado ao direito de usar o bem gravado especificamente como moradia (CC, art. 1.414). Seu objeto é sempre um imóvel residencial, para o qual se obriga o titular do direito de habitação a transferir sua residência. Quem titula esse direito real não pode fruir o bem gravado, mas simplesmente usá-lo; mais que isso, só pode usá-lo como residência, ocupando-o com sua família. É-lhe vedado alugar, emprestar ou de qualquer outra forma explorar economicamente o imóvel sobre o qual recai o direito real.<sup>57</sup>

Para adentrar na controvérsia, é importante entender como a matéria era tratada antes do Código Civil vigente, tanto em relação aos cônjuges, quanto aos companheiros.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988 o direito sucessório do companheiro era inexistente, até porque a união estável nem mesmo era reconhecida legalmente como família. Deste modo, antes de 1988 só se falava em usufruto dos bens e direito real de habitação para o cônjuge, na forma do art. 1.611 do Código Civil de 1916, tendo sido incluídos pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) os parágrafos 1º e 2º:

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

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

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

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

Posteriormente, com o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição de 1988, foi editada a Lei nº 8.971/1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, prevendo em seu art. 2º, incisos I e II, a mesma regra do art. 1.611, §1º do Código Civil de 1916, porém, sem fazer menção ao regime de bens.

---

<sup>57</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 4 v., p. 208.

Em 1996, entrou em vigor a Lei 9.278/96, para regular o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Em seu art. 7º, parágrafo único, institui para o companheiro sobrevivente o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família, enquanto não constituir nova união ou casamento.

Verifica-se então que, de um lado, pelo art. 1.611 do CC/16, o cônjuge viúvo tinha direito ou ao usufruto vidual ou ao direito real de habitação, dependendo do regime de bens do casamento, sendo o direito real de habitação conferido àqueles que se casaram sob o regime da comunhão universal de bens.

De outro lado, considerando as Leis 8.971/94 e 9.278/96, o companheiro sobrevivente tinha direito tanto ao usufruto vidual quanto ao direito real de habitação, independentemente do regime de bens da união e sem a restrição de que o imóvel sobre o qual recairia o direito real de habitação fosse o único residencial a inventariar.

Portanto, o companheiro ficou com mais direitos do que o cônjuge, fato este que não passou despercebido pela doutrina, mesmo dentre os grandes defensores das uniões informais, como Zeno Veloso:

Embora tenha participado da luta pelo reconhecimento das uniões familiares constituídas fora do casamento, que teve como paladino o saudoso Néelson Carneiro, e aplaudido as soluções constitucionais e legais a respeito do tema, não posso deixar de registrar (como já fiz em outra ocasião) que o usufruto legal e o direito real de habitação foram concedidos aos companheiros com maior amplitude, sem os requisitos e restrições com que foram conferidos aos cônjuges, sendo estes tratados, afinal, de forma menos liberal e benevolente, e isto, sem dúvida, é inadmissível.<sup>58</sup>

Esta temática foi objeto do REsp 821.660/DF<sup>59</sup>, julgado em 14/06/2011, em que a Terceira Turma do STJ confirmou o direito real de habitação para a cônjuge do *de cuius*, que faleceu em 1999, casado sob o regime de separação total de bens.

O entendimento do Relator Ministro Sidnei Beneti, acompanhado pelos demais ministros, foi de que diante do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que adotou uma postura isonômica entre união estável e casamento, deve-se rechaçar a interpretação literal da norma contida no §2º do artigo 1.611 do Código Civil, concluindo pela derrogação parcial deste dispositivo pelo artigo 7º da Lei nº 9.278/96, de modo a eliminar a restrição quanto ao regime de bens.

---

<sup>58</sup> VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>59</sup> STJ. Terceira Turma. Recurso Especial nº 821660/DF. Relator Ministro Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 14/06/2011. Data de Publicação: 17/06/2011.

Com o Código Civil atual, o legislador teve a oportunidade de resolver toda a controvérsia que passou a circundar a questão, visto que o companheiro contava com mais direitos do que o cônjuge, e igualar definitivamente o tratamento conferido aos cônjuges e companheiros. Todavia, o Código Civil de 2002 não garante ao companheiro nem o usufruto viual, nem o direito real de habitação, estando este último previsto apenas ao cônjuge sobrevivente, no art. 1.831:

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

Aqui novamente há um problema ocasionado pela longa tramitação do projeto do Código Civil no Congresso Nacional. No Código Civil de 1916, o direito real de habitação era concedido ao cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens. Originalmente no PL 634/75 este direito já passava a abranger, além do cônjuge casado em comunhão universal, o regime da comunhão parcial e separação obrigatória, mantendo a condição de o cônjuge sobrevivente permanecer viúvo.

Ainda durante a tramitação na Câmara dos Deputados em 1º turno, sob a justificativa de que não há razão para excluir apenas o regime da participação final nos aquestos, quando até a separação obrigatória foi contemplada, foi proposta nova redação em idênticos termos à atual. Quando da justificação da Emenda do relator parcial nº 70, pelo Deputado Celso Barros, não há nenhuma menção à razão da exclusão do requisito da permanência da viuvez.

Verifica-se, pois, que quando o projeto foi enviado ao Senado em 1984 o artigo já estava concluído, de modo que a redação do artigo 1.831, à época 1.854, não foi feita propositalmente para igualar os direitos do cônjuge e companheiro, visto que a união estável nem mesmo era reconhecida como entidade familiar ainda.

O fator chave para o problema atual da falta de previsão do direito real de habitação para o companheiro foi o Senado Federal não ter apresentado nenhuma emenda ao artigo. De fato, quando o projeto chegou ao Senado o artigo era perfeito, mas após 1988 ainda havia prazo para apresentação de emendas e nada foi proposto para o atual 1.831.

Com efeito, como restou estabelecido no atual Código Civil que o companheiro sobrevivente participa da sucessão do outro, sendo contemplado com a propriedade plena,

assim como o cônjuge, segundo Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>60</sup> o usufruto legal sucessório perdeu sua finalidade, visto que sua função era proteger economicamente o cônjuge ou o companheiro. Por esta razão, o instituto perdeu sua necessidade prática, não mais havendo grandes discussões acerca da matéria.

Ainda assim, há que se tecer algumas considerações. A necessidade prática não é um critério técnico jurídico para revogação. Como causa da revogação, Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>61</sup> sustenta que os incisos I e II do artigo 2º da Lei 8.971/94 não foram recepcionados pelo Código Civil de 2002, pois caso fossem o companheiro sobrevivente teria mais direitos do que o cônjuge, já que a este não é assegurado usufruto legal sucessório, o que acarretaria em inconstitucionalidade devido à inexistência de hierarquia entre os diferentes tipos de entidades familiares.

Em uma linguagem ainda mais técnica, Ana Luiza Maia Nevares<sup>62</sup> sustenta que o artigo 1.790 regulou toda a matéria contida no artigo 2º da Lei 8.971/94, portanto, nos termos do artigo 2º, §1º, da LINDB, houve revogação tácita. A mesma fundamentação também torna possível falar em revogação tácita da Lei 9.278/96, que confere ao companheiro o direito real de habitação.

Contudo, agora já adentrando no tema verdadeiramente controverso, existem argumentos para defender a permanência da Lei 9.278/96 no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente.

Em síntese, há quem defenda que o Código Civil vigente revogou tacitamente o art. 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96, de modo que o companheiro não é mais contemplado com o direito real de habitação, existem os que sustentam que esta lei não foi revogada, e há, também, os que evocam uma analogia em relação ao casamento para que o benefício seja concedido aos companheiros.

Para Inácio de Carvalho Neto<sup>63</sup>, o Código Civil de 2002 regulou completamente a sucessão do companheiro e entende que a Lei da União Estável foi revogada tacitamente, baseado no art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe que a lei posterior revoga a anterior quando aquela regular inteiramente a matéria de que tratava

---

<sup>60</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Op. cit.*

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. cit.*

<sup>63</sup> NETO, Inacio de Carvalho. *Op. cit.*

esta. Desta forma, apesar de enxergar um enorme defeito na lei neste aspecto, reconhece que o direito real de habitação não foi concedido aos companheiros.

Neste mesmo sentido, Rogério Ribeiro Domingues<sup>64</sup> conclui que na atual sistemática não há outra alternativa senão a inexistência do direito real de habitação para o companheiro sobrevivente e sinaliza os erros no enunciado aprovado da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado do STJ, qual seja: “Enunciado nº 117 – Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.”.

Primeiramente, há que se pensar que a Lei 9.278/96 não é lei especial na acepção técnica do termo, mas é assim chamada por comodidade de linguagem. As normas jurídicas comuns ou gerais (como o CC, CPC, CP) são dirigidas a todos, indistintamente, já as normas especiais têm como destinatários certas categorias de pessoas (como a Lei Orgânica da Magistratura e Estatuto dos Advogados) sem constituir exceção ao direito comum. Por sua vez, as normas excepcionais tratam de matérias que pela sua natureza integrariam o direito comum, ou especial, mas foram editadas para excepcionar as normas do Direito comum (por exemplo, legislação sobre locação, divórcio, companheiros).

Destarte, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 não são especiais, mas sim de Direito comum, que criam exceções às normas estabelecidas no Código Civil, complementando-o. Portanto, como uma norma excepcional é revogada quando uma nova norma geral é editada abrangendo as matérias dispostas nesta excepcional, as normas extravagantes que conferiam direitos aos companheiros não permanecem no ordenamento.

O autor ainda utiliza como exemplo a Lei do Inquilinato que, assim como as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, não é especial, mas sim excepcional: “Se a Lei do Inquilinato continua em vigor não é por força de ser Direito especial, mas sim em função de expressa disposição no atual Código Civil, artigo 2.036, que, por imprecisão técnica, a denomina lei especial.”<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> DOMINGUES, Rogério Ribeiro. Da inexistência do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente após o advento do Código Civil de 2002. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: v. 104, n. 395, p. 665-667, jan. 2008.

<sup>65</sup> DOMINGUES, Rogério Ribeiro. *Op. cit.*, p. 666.

Quanto ao argumento da interpretação analógica do art. 1.831 do Código Civil de 2002, Rogério Ribeiro Domingues<sup>66</sup> sustenta que se assim fosse, seria necessário estender ao companheiro todos os direitos atribuídos ao cônjuge sobrevivente, inclusive a concorrência sucessória do art. 1.829, com a conseqüente revogação total do artigo 1.790 e apesar de reconhecer que a legislação em vigor atualmente recuou no que se refere aos direitos dos companheiros, não cabe ao Judiciário travestir-se de Poder Legislativo e modificar normas claras e expressas.

Dentre os que sustentam a permanência do direito real de habitação para os companheiros, é notável a preocupação em privilegiar o viés humanitário deste direito, sendo inconcebível que o companheiro sobrevivente, por omissão legislativa, fique desamparado.

Segundo Renan Kfuri Lopes:

O direito real de habitação, conforme determina a lei, está calcado nos princípios da solidariedade e da mútua assistência, ínsitos ao relacionamento estável na concretização de se concretizar uma família, a fim de estabelecer o real sentido que quis dar ao instituto a Carta Maior da República (CF, art. 226, §3º).<sup>67</sup>

Tal preocupação com o amparo do companheiro sobrevivente é bastante explícita no pensamento de Sílvio de Salvo Venosa<sup>68</sup>. O autor acredita que, aparentemente, a intenção do legislador com as lacunas do Código de 2002 sobre a união estável foi, de fato, restringir os direitos conquistados pelos companheiros. Entretanto, opina no sentido de ser perfeitamente defensável a manutenção do direito real de habitação no imóvel de residência do casal.

Este direito, conforme previsto no art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, é a forma de atender às necessidades de amparo do companheiro sobrevivente, funcionando como complemento essencial ao direito assistencial de alimentos, além de estar em conformidade com o mesmo direito atribuído ao cônjuge pelo art. 1.831 do CC/02.

Ao construir o raciocínio de por que o direito real de habitação para o companheiro deve ser mantido, Maria Helena Diniz<sup>69</sup> explica que se trata de antinomia de segundo grau, em que há conflito entre norma anterior especial (art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96) e norma posterior geral (art. 1831 do CC/02), gerando dúvida entre os critérios de especialidade

---

<sup>66</sup> DOMINGUES, Rogério Ribeiro. *Op. cit.*

<sup>67</sup> LOPES, Renan Kfuri. Renúncia ao direito real de habitação na união estável. **ADV: Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas**. Rio de Janeiro: X, p. 18-21, dez. 2011. p. 18.

<sup>68</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v.

<sup>69</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*

e cronológico, sendo que valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali* (a lei especial prevalece sobre a mais atual).

No entanto, destaca que dependendo de certas circunstâncias, a lei posterior geral pode prevalecer, de modo que a preferência por algum dos critérios não é evidente e oscilará conforme o caso.

A respeito especificamente do direito real de habitação para o companheiro, a autora complementa:

Deveras, num caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Isso é assim porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais. Portanto, excepcionalmente, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis, fazendo com que prevaleça a ideia da permanência do art. 7º, parágrafo único, da Lei n.9.278/96, aplicando-se por analogia (LINDB, art. 4º) o disposto no art. 1.831 do Código Civil, em busca do justo (LINDB, art. 5º, CF, arts. 6º e 226, §3º), atendendo-se, também, o direito à moradia (EC n. 26/2000).<sup>70</sup>

Na opinião de Paulo Lôbo<sup>71</sup>, não houve nenhum tipo de revogação da Lei 9.278/96, no que se refere ao direito real de habitação. Isto porque, nenhuma das hipóteses do art. 2º da LINDB para que a lei posterior revogue a anterior ocorreu.

A primeira hipótese, além da revogação expressa, é a incompatibilidade entre as normas. Ocorre que, tal incompatibilidade é inexistente, visto que o Código Civil vigente regula o direito real de habitação do cônjuge, sem excluir expressamente o do companheiro. A outra é a lei nova regular inteiramente a matéria tratada na anterior, mas o CC/02 não regula toda a matéria referente ao direito real de habitação, uma vez que o art. 1.831 é desdobramento do art. 1.830, que trata do direito sucessório do cônjuge.

Ademais, o art. 2º da LINDB também prescreve que a lei nova que estabelecer disposições a par das já existentes, não revoga a anterior, sendo esta a hipótese adequada ao direito real de habitação. “O Código Civil estabeleceu disposição especial a par da já existente

---

<sup>70</sup> *Idem.*, p. 181.

<sup>71</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

(Lei n.9.278), convivendo harmonicamente ambas as normas, sem conflitos, pois conferem direitos subjetivos distintos a distintos titulares.”<sup>72</sup>

Por sua vez, Sylvio Capanema de Souza<sup>73</sup> considera despicienda a discussão a respeito da revogação ou não da Lei 9.278/96, pois em face do previsto no art. 226, §3º, da Constituição Federal, parece-lhe impossível não estender ao companheiro a mesma proteção conferida ao cônjuge. Principalmente porque, em decorrência das regras do art. 1.790 do Código Civil, se não houver bens adquiridos, onerosamente, na vigência da união estável, o companheiro sobrevivente ficaria desamparado, até mesmo sem ter onde morar.

Por esta razão, o silêncio do art. 1.790 não parece suficiente para excluir este direito sucessório dos companheiros. Defende, pois, o direito real de habitação em favor do companheiro, nos mesmos moldes em que é conferido ao cônjuge.

Embora, tanto a analogia quanto a não revogação do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 são no sentido da permanência do direito real de habitação para o casal que vivia em união estável, é necessário atentar-se ao fato de que as disposições do art. 1.831 do Código Civil e do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, não são idênticas. Sendo assim, ao defender o direito real de habitação com fundamento na Lei 9.278/96 é preciso considerar o parágrafo único do art. 7º em sua integralidade.

Neste sentido, Paulo Lôbo<sup>74</sup>, por exemplo, mostra-se coerente com o seu posicionamento de que não houve revogação do art. 7º, da Lei 9.278/96. Ao expor as diferenças entre o direito real de habitação conferido ao cônjuge e ao companheiro, Lôbo cita que na Lei 9.278/96 perdura a condição resolutiva do direito real de habitação, consistente no novo casamento ou constituição de nova união estável, mas, por outro lado, no caso do direito real de habitação para o companheiro, o benefício é assegurado ainda que o patrimônio comum do *de cujus* e do companheiro sobrevivente conte com mais de um imóvel residencial – o que seria uma vantagem de considerar a lei como ainda vigente.

Fabio Ulhoa Coelho<sup>75</sup> ainda vai além e defende que o direito real de habitação do cônjuge deve existir mesmo que haja mais de um imóvel residencial a inventariar, não obstante o art. 1.831 do Código Civil impor a condição de que apenas exista um. Isto porque o

---

<sup>72</sup> LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 157.

<sup>73</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. A sucessão do companheiro: questões controvertidas. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: v. 13, n. 52, p.17-27, out./dez. 2010.

<sup>74</sup> LÔBO, Paulo, *op. cit.*.

<sup>75</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 5 v.



art. 7º da Lei 9.278/96 assegura ao companheiro este benefício independentemente da existência de outros imóveis residenciais, de modo que o cônjuge recebe tratamento inferior no Código Civil.

A respeito desta exigência de existir apenas um imóvel residencial a inventariar, Ana Luiza Maia Nevares considera que é preciso ter cautela na extensão do direito real de habitação aos companheiros por analogia ao art. 1.831:

Na extensão do direito real de habitação aos companheiros, deve-se ponderar sobre a exigência de existir apenas um imóvel residencial a ser inventariado no monte. Com efeito, tal exigência é pertinente quando o convivente é herdeiro em propriedade plena ou quando tem a metade dos bens adquiridos durante a união estável por força da comunhão na aquisição do patrimônio. Quando o companheiro não é herdeiro (por exemplo, se não há bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável) e quando apenas existem imóveis residenciais do autor da herança que não tocam ao supérstite, tal exigência poderá esvaziar a proteção à moradia do companheiro sobrevivente, devendo, portanto, ser afastada.<sup>76</sup>

Importante ressaltar que em nada interfere o companheiro titular do direito real de habitação possuir, em seu patrimônio exclusivo, outro imóvel que possa destinar a sua moradia, uma vez que o requisito legal se refere a imóveis a inventariar. Contudo, em situações como essa, o benefício destinado a garantir o direito mínimo de moradia do supérstite acaba por se distanciar de sua função social, já que o titular do direito já tem por si só seu direito à moradia atendido e ainda assim restringiria direito sucessório e de propriedade dos demais herdeiros.<sup>77</sup>

## 2.1 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta subseção é dedicada à revisão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito real de habitação em favor dos companheiros, objetivando verificar se há divergências no âmbito do próprio tribunal, bem como analisar o posicionamento predominante.

---

<sup>76</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127.

<sup>77</sup> XAVIER, Jose Tadeu Neves, O direito real de habitação na sucessão do companheiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: v. 15, n. 59, p. 261-297, jul./set. 2014.

### 2.1.1 Metodologia

Primeiramente, foi realizada uma busca no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça ([www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)) a partir da ferramenta “Jurisprudência do STJ”. Como palavra chave foi utilizada a expressão, entre aspas: “direito real de habitação”. O filtro de busca foi ativado para serem exibidos apenas Acórdãos e Súmulas. A busca foi feita em uma mesma data de corte (29/04/2017) e foram obtidos os seguintes números absolutos:

- Nenhum resultado para súmulas e 27 acórdãos.

Então foi realizada uma filtragem a fim de excluir os elementos que não possuíam relação com o tema objeto deste capítulo da monografia, quais sejam:

a) Acórdãos nos quais não ocorreu análise da questão central do recurso especial, por ausência de requisitos de admissibilidade, sobretudo pela necessidade de reexame de provas (Súmula 07 do STJ);

b) Processos envolvendo o direito real de habitação para o cônjuge supérstite;

c) Julgados centrados em questões de registro do direito real de habitação;

d) Processos anteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002 ou nos quais o óbito ocorreu na vigência do Código Civil de 1916.

Realizada esta filtragem qualitativa restaram 5 acórdãos a serem analisados mais profundamente, expostos na tabela abaixo, todos tratando da controvérsia a respeito da permanência do direito real de habitação para o companheiro sobrevivente, inobstante a ausência de previsão no atual Código Civil.

### 2.1.2 Resultados

<b>Processo</b>	<b>Ministro Relator</b>	<b>Órgão julgador</b>	<b>Data de publicação</b>
AgRg no REsp 1436350 / RS	PAULO DE TARSO SANSEVERINO	TERCEIRA TURMA	DJe 19/04/2016
REsp 1203144 / RS	LUIS FELIPE SALOMÃO	QUARTA TURMA	DJe 15/08/2014
REsp 1329993 / RS	LUIS FELIPE SALOMÃO	QUARTA TURMA	DJe 18/03/2014
REsp 1249227 / SC	LUIS FELIPE SALOMÃO	QUARTA TURMA	DJe 25/03/2014
REsp 1156744 / MG	MARCO BUZZI	QUARTA TURMA	DJe 18/10/2012

Constata-se de pronto que a controvérsia só foi apreciada pelo Superior Tribunal Justiça quase dez anos após a entrada em vigor do Código Civil atual, quando do julgamento do Recurso Especial 1.156.744/MG.

No caso, o recorrente é o espólio e insurge-se contra acórdão que reconheceu o direito real de habitação à companheira sobrevivente. Aduz que a Lei 9.278/96 foi revogada e não há referência a união estável no artigo 1.831 do Código Civil, sendo inadmissível em matéria de direito sucessório interpretação ampliativa.

Ao recurso foi negado provimento por unanimidade nos termos do voto do Ministro Relator Marco Buzzi. O ministro afirma que a intenção do legislador ao prever o direito real de habitação no artigo 1.831 foi ampliar para todos os regimes de bens a incidência deste direito, que consagra o direito à moradia, uma das matizes da dignidade humana, de modo que não é razoável compreender que a intenção foi excluir os companheiros, principalmente em um momento no qual doutrina e jurisprudência pugnam pela efetivação dos direitos fundamentais. Ressalta ainda que esta hermenêutica deve ser repelida devido à vedação ao retrocesso.

Tratando do aspecto legislativo propriamente dito, defende que o artigo 7º da Lei 9.278/96 não foi revogado, pois não há incompatibilidade entre ela e o Código Civil, que tampouco regula inteiramente a matéria, hipóteses em que haveria revogação, de acordo com artigo 2º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

O acórdão restou assim ementado:

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.

1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.

2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB).

3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade.

#### 4. Recurso improvido.<sup>78</sup>

A controvérsia do Recurso Especial 1.249.227/SC, além do reconhecimento do direito real de habitação para a companheira do falecido, consiste em saber se outro imóvel residencial adquirido pela recorrente com o dinheiro do seguro de vida do *de cuius* seria óbice ao reconhecimento deste direito.

A decisão não foi unânime, porém a maioria acompanhou o voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Diferentemente do julgado anterior, o ministro relator entende que o artigo 1.790 do Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, de modo que a Lei 9.278/96 foi ab-rogada tacitamente.

Todavia, reconhece o retrocesso que a não previsão do direito real de habitação para o companheiro representa, destacando que o artigo 226, §3º da Constituição Federal é norma inclusiva, não podendo extrair-lhe efeitos discriminatórios. Destarte, reconhece o direito real de habitação à companheira por interpretação analógica do artigo 1.831.

Os votos vencidos do Ministro Raul Araújo e Ministra Maria Isabel Gallotti defendiam que a Constituição Federal não coloca o casamento e a união estável em posição de igualdade, inclusive incentiva que a união estável deve evoluir para o casamento. Desta forma, entendem que as expresas disposições legais devem regular a matéria.

Quanto ao outro imóvel de propriedade da recorrente, o relator sustenta que como o apartamento foi adquirido por ela após o falecimento do companheiro, não faz parte dos bens a inventariar, então não restringe o direito real de habitação.

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O Código Civil de 2002 regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando, assim, as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Portanto, é descabido considerar que houve exceção apenas quanto a um parágrafo. 2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que não parece verdadeiro pela regra da Constituição Federal. 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em

---

<sup>78</sup> STJ, Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.156.744/MG. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgamento em 09/10/2012. Publicado em 18/10/2012.

uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de a companheira ter adquirido outro imóvel residencial com o dinheiro recebido pelo seguro de vida do falecido não resulta exclusão de seu direito real de habitação referente ao imóvel em que residia com o companheiro, ao tempo da abertura da sucessão. 5. Ademais, o imóvel em questão adquirido pela ora recorrente não faz parte dos bens a inventariar. 6. Recurso especial provido.<sup>79</sup>

O Recurso Especial 1.329.993/RS não traz grande novidade, a discussão é semelhante ao caso anterior, limitando-se a saber se a recorrida, companheira do falecido, possui o direito real de habitação. Foi mantido o posicionamento anterior, no sentido de que a Lei 9.278/96 foi revogada, mas em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso, que proíbe a extinção de direitos fundamentais, deve ser feita interpretação analógica do artigo 1.831 para que seja assegurado o direito real de habitação à companheira.

O Recurso Especial 1.203.144/RS traz uma particularidade. Na origem, trata-se de ação de manutenção de posse proposta pela companheira do *de cujus* em face do espólio, com fundamento no direito real de habitação, pois havia sido notificada a desocupar o imóvel em que morava com o falecido.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve o entendimento do magistrado de primeira instância para acolher a manutenção de posse. O espólio interpõe o presente recurso especial aduzindo, em síntese, nulidade do acórdão por carência de ação, visto que não há pedido incidental de reconhecimento de união estável ou comprovação desta por ação própria, tampouco pedido expresso de reconhecimento do direito real de habitação.

Pela primeira vez o Relator Ministro Luis Felipe Salomão afirma que o STJ possui entendimento pacificado de que a companheira supérstite faz jus ao direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido em que residia o casal.

Além disso, sustenta que é possível que o direito real de habitação seja utilizado com a finalidade exclusivamente possessória, uma vez que este direito visa à proteção da posse da companheira sobrevivente e negar esta proteção seria preterir o beneficiário do instituto no momento em que ele se mostra mais necessário.

---

<sup>79</sup> STJ, Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.249.227/SC. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 17/12/2013. Publicado em 25/03/2014.

Outrossim, afirma que como a declaração de união estável foi feita apenas na motivação da sentença e não formou coisa julgada (artigo 469, I, do CPC/73), é plenamente possível que os recorrentes iniciem discussão a respeito do reconhecimento da união estável e dos efeitos decorrentes.

DIREITO DAS SUCESSÕES E DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MANUTENÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. É entendimento pacífico no âmbito do STJ que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil. Precedentes. 2. É possível a arguição do direito real de habitação para fins exclusivamente possessórios, independentemente de seu reconhecimento anterior em ação própria declaratória de união estável. 3. No caso, a sentença apenas veio a declarar a união estável na motivação do decisório, de forma incidental, sem repercussão na parte dispositiva e, por conseguinte, sem alcançar a coisa julgada (CPC, art. 469), mantendo aberta eventual discussão no tocante ao reconhecimento da união estável e seus efeitos decorrentes. 4. Ademais, levando-se em conta a posse, considerada por si mesma, enquanto mero exercício fático dos poderes inerentes ao domínio, há de ser mantida a recorrida no imóvel, até porque é ela quem vem conferindo à posse a sua função social. 5. Recurso especial desprovido.<sup>80</sup>

O julgado mais recente sobre o tema é o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.436.350/RS. Na verdade, a questão não é verdadeiramente enfrentada, pois o agravo regimental é desprovido, para manter a decisão que negou seguimento ao Recurso Especial.

Todavia, é reafirmado que as disposições da Lei 9.278/96 não foram revogadas, subsistindo o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente. Confira-se a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO "EXTRA PETITA". NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO. POSSIBILIDADE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NÃO RECONHECIDO NO CASO CONCRETO. 1. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC, quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Inexiste julgamento "extra petita" quando o órgão julgador não violou os limites objetivos da pretensão, tampouco concedeu providência jurisdicional diversa do pedido formulado na inicial. 3. O Código Civil de 2002 não revogou as disposições constantes da Lei n.º 9.278/96, subsistindo a norma que confere o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal matéria em relação aos conviventes em união estável, consoante o princípio da especialidade. 4. Peculiaridade do

---

<sup>80</sup> STJ, Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.203.144/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 27/05/2014. Publicado em 15/08/2014.

caso, pois a companheira falecida já não era mais proprietária exclusiva do imóvel residencial em razão da anterior partilha do bem. 5. Correta a decisão concessiva da reintegração de posse em favor das co-proprietárias. 6. Precedentes específicos do STJ. 7. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 8. Agravo Regimental desprovido.<sup>81</sup>

Portanto, conclui-se que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é pela manutenção do direito real de habitação para o companheiro, ainda que a fundamentação não seja unânime, visto que ora o direito é assegurado com base na Lei 9.278/96, ora com base na analogia, em decorrência da revogação da mencionada lei pelo Código Civil atual.

---

<sup>81</sup> STJ, Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.436.350/RS. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 12/04/2016. Publicado em 19/04/2016.

### 3 DISCUSSÃO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790

Muitas críticas são feitas ao artigo 1.790 do Código Civil por este conferir à sucessão do companheiro tratamento supostamente discriminatório em relação à sucessão do cônjuge. Como já exposto, a sucessão do companheiro limita-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável; em concorrência com parentes colaterais até o quarto grau ao companheiro é reservado apenas um terço da herança e a própria concorrência com os colaterais é bastante criticada. Além disso, também há o fato de o companheiro não fazer parte da ordem de vocação hereditária do artigo 1.829, tampouco do rol dos herdeiros necessários, previsto no artigo 1.845, também do Código Civil.

Por tudo isso, questiona-se a constitucionalidade do artigo 1.790, tendo como base o artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que prevê: “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 controvérsia pode ser resumida através das seguintes perguntas: A Constituição Federal coloca a união estável em posição de igualdade com o casamento? Mesmo sendo diferentes, há hierarquia entre os dois institutos? Ao estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, a ordem constitucional coloca o casamento em posição de superioridade?

Retomando a origem do artigo 1.790 do Código Civil, na justificativa da Subemenda de Redação do Relator-Geral nº 56, que acrescentou a limitação da sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o Deputado Ricardo Fiúza expôs o seguinte:

Por outro lado, não se pode admitir que o convivente tenha tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, mesmo porque este não foi o espírito do constituinte de 1988.

A própria formulação do texto constitucional já é suficientemente elucidativa a esse respeito: ‘... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ (CF, art. 226, § 3º).

É como se a união estável fosse tomada como um caminho para o matrimônio, ou quando muito como um matrimônio incompleto, muito embora já constituísse por si mesma, nos termos da regra constitucional, uma “entidade familiar.

[...]

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer



superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio -- quanto o casamento – enquanto instituição-fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura.<sup>82</sup>

Notadamente, o legislador não apenas enxergou a união estável como diferente do casamento, mas também como em um degrau abaixo deste. Neste aspecto reside o grande ponto chave para aqueles que defendem a inconstitucionalidade do artigo 1.790. Com efeito, conforme destaca Flávio Tartuce<sup>83</sup>, a união estável não é igual ao casamento, pois institutos iguais não se convertem um no outro, mas assim como o casamento, a união estável é entidade familiar, base da sociedade, de modo que não há hierarquia entre os institutos.

Neste mesmo sentido é o posicionamento de Zeno Veloso:

Acabou-se o tempo em que, com base em preconceitos aristocráticos, concepções reacionárias, passadistas e argumentos repletos de hipocrisia, as famílias eram classificadas – como produtos nas prateleiras das mercearias – em famílias de primeira classe, de segunda classe e, até, de classe nenhuma.<sup>84</sup>

Ana Luiza Maia Nevares<sup>85</sup> explica que em se tratando de sucessão hereditária é o vínculo familiar que chama a pessoa à sucessão, sendo irrelevante a forma de constituição da família. Destarte, ainda que casamento e união estáveis sejam diferentes, as diferenças não interferem no dever de solidariedade existente entre os membros destas entidades familiares, que merecem especial proteção do Estado, conforme *caput* do artigo 226 da Constituição, e que são igualmente aptas a promover o desenvolvimento dos indivíduos que dela fazem parte, razão pela qual não há justificativa para que a tutela de uma seja discrepante em relação à da outra.

Todavia, não é unânime o entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 1.790. Ainda que grande parte da doutrina contemporânea sustente a inconstitucionalidade, há doutrinadores que enxergam que como a Constituição não coloca os institutos do casamento e união estável em posição de igualdade, não é inconstitucional o regime sucessório diferenciado.

---

<sup>82</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: Tramitação na Câmara dos Deputados: Segundo Turno**. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 73. 4 v. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc\\_v4\\_ed1.pdf](http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf)>.

<sup>83</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*.

<sup>84</sup> VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 247.

<sup>85</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. cit.*.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>86</sup>, por exemplo, apesar de considerar a diferenciação entre os direitos sucessórios do cônjuge e companheiro injusta, acredita que não significa que há inconstitucionalidade.

Mário Luiz Delgado Régis<sup>87</sup> defende o mesmo posicionamento, argumentando que com o artigo 1.790 do Código Civil o legislador seguiu o comando constitucional ao assegurar proteção à união estável, mas sem equipará-la ao casamento, pois se equiparasse os dois institutos não haveria razão para a determinação de que a legislação facilitasse a conversão do casamento em união estável.

Há quem defenda, ainda, uma posição intermediária. Para Flávio Tartuce<sup>88</sup>, há inconstitucionalidade apenas no inciso III do artigo 1.790, pois acredita que somente neste inciso, que reconhece a concorrência do companheiro com colaterais e ascendentes cabendo-lhe apenas um terço da herança, o regime sucessório do companheiro o coloca em inferioridade patente em relação ao cônjuge.

A questão é bastante dividida no âmbito da doutrina e, conforme restará demonstrado a seguir, na jurisprudência a matéria também gera debates.

### 3.1 POSICIONAMENTO DE TRIBUNAIS ESTADUAIS

Enquanto não havia posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a matéria estava muito distante de ser pacificada. Apenas como forma de ilustrar tal divergência, sem a pretensão de expor o posicionamento de todos os tribunais estaduais, foi realizada uma busca a fim de verificar o posicionamento oficial de alguns tribunais, quais sejam o dos estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul.

Embora outros tribunais possuam decisões acerca da aplicabilidade do artigo 1.790 do Código Civil, procurou-se dar preferência àqueles que possuem pronunciamento do Órgão Especial ou Tribunal Pleno, que detêm a competência constitucional para o julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade, conforme artigo 97 da Constituição Federal.

O Órgão Especial do TJRJ decidiu por duas vezes pela inconstitucionalidade apenas do inciso III do artigo 1.790, em acórdãos assim ementados:

---

<sup>86</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*.

<sup>87</sup> REGIS, Mario Luiz Delgado. *Op. cit.*.

<sup>88</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*.

Família. União estável. Sucessão do companheiro. Restrição contida no artigo 1.790, inciso III, do novo Código Civil. Norma que faz prevalecer as relações de parentesco sobre aquelas da afetividade. Dispositivo que contraria a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a consagração constitucional da união estável. Restrição que é rejeitada pela doutrina dominante, bem como se afasta da jurisprudência da Suprema Corte sobre a “nova família”. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente por maioria de votos. Inaplicável o efeito vinculante do art. 103 do Regimento Interno, por não ter sido atingido o quórum necessário.<sup>89</sup>

Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226 §3º). Enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida. Procedência do incidente.<sup>90</sup>

Já o Tribunal Pleno do TJRS firmou entendimento de que o artigo 1.790 é perfeitamente constitucional, considerando que a Constituição Federal não equiparou os institutos do casamento e da união estável. A questão também foi enfrentada duas vezes, sendo o acórdão mais recente assim ementado:

Incidente de inconstitucionalidade. Art. 1.790 caput do código civil. Tratamento distinto para direitos sucessórios de companheiros. O art. 226, § 3º da Constituição Federal estabelece que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão, numa eloquente demonstração que o casamento e a união estável não são iguais para todos os efeitos, ou mesmo para os efeitos patrimoniais e sucessórios; senão era desnecessário converter a união em casamento. Não possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais. O propósito foi proteger e não igualar as duas modalidades. Assim, se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como fez o Código Civil. Inexistência de vício de inconstitucionalidade no disposto no art. 1.790 do CC. Incidente de inconstitucionalidade julgado improcedente, por maioria.<sup>91</sup>

No mesmo sentido decidiu o Órgão Especial do TJSP:

---

<sup>89</sup> TJRJ, Órgão Especial. Arguição de inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000, Relator Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Julgamento em 06/08/2012. Publicado em 03/09/2012.

<sup>90</sup> TJRJ, Órgão Especial. Arguição de inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000, Relator Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Julgamento em 11/06/2012. Publicado em 19/06/2012.

<sup>91</sup> TJRS, Tribunal Pleno. Arguição de inconstitucionalidade nº 0268760-56.2013.8.21.7000, Relator Desembargador Rui Portanova. Julgamento em 24/02/2014. Publicado em 21/03/2014.

União estável. Direito sucessório. Sucessão do companheiro. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Disparidade de tratamento entre união estável e casamento e ou das distintas entidades familiares. Inocorrência de violação a preceitos e princípios constitucionais. Incidente desprovido.<sup>92</sup>

Com a conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG pelo Supremo Tribunal Federal, a ser analisado, ainda que restem algumas dúvidas a respeito de como ficará a aplicabilidade do artigo 1.790, visto que a decisão não é em controle abstrato de constitucionalidade, os tribunais estaduais devem seguir a tese firmada pelo tribunal superior, até porque o parágrafo único do artigo 949, do Código de Processo Civil, dispõe expressamente que a argüição de inconstitucionalidade não será submetida ao plenário ou órgão especial quando já houver pronunciamento destes órgãos ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

### 3.2 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fim de conhecer o posicionamento do STJ a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, procedeu-se da mesma maneira descrita na seção 3.1.1, porém foi utilizada a expressão chave “sucessão do companheiro inconstitucionalidade”, sem aspas.

Também ativado o filtro para exibição apenas de Acórdãos e Súmulas, foram encontrados apenas 3 acórdãos, expostos na tabela abaixo.

<b>Processo</b>	<b>Ministro Relator</b>	<b>Órgão julgador</b>	<b>Data de publicação</b>
AI no REsp 1291636 / DF	LUIS FELIPE SALOMÃO	QUARTA TURMA	DJe 21/11/2013
AI no REsp 1135354 / PB	LUIS FELIPE SALOMÃO <hr/> Relator para acórdão: TEORI ALBINO ZAVASCKI	CORTE ESPECIAL	DJe 28/02/2013
AI no REsp 1135354 / PB	LUIS FELIPE SALOMÃO	QUARTA TURMA	DJe 02/06/2011

<sup>92</sup> TJSP, Órgão Especial. Argüição de inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010.8.26.0000, Relator Desembargador Cauduro Padin. Julgamento em 14/09/2011. Publicado em 23/11/2011.

Conforme se extrai da tabela, os dois acórdãos mais antigos tratam da arguição de inconstitucionalidade no mesmo recurso especial. No mais antigo há apenas o reconhecimento do grande debate doutrinário e jurisprudencial que circunda a matéria para acolher o incidente de arguição de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790, a ser julgado pela Corte Especial.

Todavia, a apreciação da arguição de inconstitucionalidade pela Corte Especial não permite concluir qual é o posicionamento do tribunal. A maioria votou com o Ministro Teori Albino Zavascki pelo não conhecimento da arguição de inconstitucionalidade em razão do manifesto descabimento do próprio recurso especial, pois para invocar questões constitucionais como o fundamento da reforma do julgado haveria de ser interposto também o recurso extraordinário.<sup>93</sup>

Ainda assim, o recurso especial será julgado, mas devido ao incidente suscitado no REsp 1.291.636/DF, no qual a mesma questão é debatida pela Corte Especial, foi determinado o sobrestamento do julgamento.

Quanto ao REsp 1.291.636/DF<sup>94</sup>, conforme exposto na tabela, há apenas um acórdão que, por unanimidade, suscita a arguição de inconstitucionalidade do *caput* do artigo 1.790, a ser julgado pela Corte Especial.

Interessante consignar que o caso trata da hipótese em que é mais vantajosa a situação sucessória na união estável do que no casamento. A recorrente, filha do *de cuius*, insurge-se contra o fato de a companheira receber 50% do patrimônio a título de meação, mais o percentual a título de quinhão hereditário, aplicando o artigo 1.790, I, já que concorre com filhos comuns e exclusivos do falecido. Caso o falecido fosse casado, a cônjuge só teria direito à meação, de acordo com o artigo 1.829, I, também do Código Civil.

A controvérsia encontra-se em julgamento na Corte Especial desde 2014, ainda existindo discussão de preliminares. Contudo, como o Supremo Tribunal Federal aprovou tese a respeito desta questão, acredita-se que o feito retornará à Turma para o julgamento do recurso especial já sob a luz da tese do STF.

---

<sup>93</sup> STJ. Corte Especial. Arguição de inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 1135354/PB. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Relator para Acórdão: Ministro Teori Albino Zvascki. Julgamento em 03/10/2012. Publicado em 28/12/2013.

<sup>94</sup> STJ. Quarta Turma. Arguição de inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 1291636 /DF. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 11/06/2013. Publicado em 21/11/2013.

### 3.3 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694/MG

No dia 10 de maio de 2017 foi concluído o julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG<sup>95</sup>, que questiona a validade do artigo 1.790 do Código Civil, uma vez que confere aos companheiros direitos sucessórios distintos dos outorgados ao cônjuge pelo artigo 1.829.

No caso concreto, a recorrente vivia em união estável com o falecido há 9 anos, em regime de comunhão parcial de bens, e insurge-se contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que determinou que a companheira deve receber apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, enquanto os três irmãos do *de cujus* têm direito aos dois terços restantes mais os bens particulares, com fundamento no artigo 1.790, III, do Código Civil.

A recorrente alega afronta aos artigos 5º, inciso I e 226, §3º, da Constituição Federal, sustentando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil por conferir tratamento discriminatório à companheira, ressaltando ainda que a concorrência com parentes distantes do falecido atenta contra a dignidade da pessoa humana.

Requer também a recorrente que ao caso seja aplicado o artigo 1.829 do Código Civil, em posição de igualdade com o cônjuge, pois pela ordem de vocação hereditária, não havendo descendentes ou ascendentes, como ocorre no caso, a companheira faria jus à totalidade da herança.

Importante destacar a contribuição ao julgamento realizada pela Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS e pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, ambos como *amicus curiae*. A ADFAS defende a constitucionalidade do dispositivo sustentando, em apertada síntese, que a união estável é uma espécie de etapa transitória; que a diferenciação dos efeitos jurídicos sucessórios do casamento e da união estável decorre da preservação da identidade desses institutos, diferentes desde a formação até a extinção de cada um, e que caso a Constituição quisesse proibir a diferenciação de direitos sucessórios decorrentes do casamento e da união estável, tal proibição constaria expressamente, como faz em relação à filiação no artigo 227, §6º.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> STF. Plenário. Recurso Extraordinário nº 878.694/MG. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgamento em 10/05/2017.

<sup>96</sup> Petição de ingresso como *amicus curiae* da ADFAS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>.

Já o IBDFAM pugna pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento aduzindo, em síntese, que há verdadeiro retrocesso em relação à legislação anterior ao Código Civil atual; que o casamento e a união estável, de fato, são diferentes, sendo incabível que as normas decorrentes do ato solene do casamento sejam estendidas à união estável, mas as normas orientadas por princípios da convivência familiar e decorrentes da solidariedade familiar, como as de sucessão hereditária, devem ser equiparadas sob pena de violação da isonomia e da dignidade humana, uma vez que neste aspecto não há diferenças entre as duas entidades familiares.<sup>97</sup>

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso<sup>98</sup> divide seu voto em três partes. Em um primeiro momento, para delinear a controvérsia, tece considerações acerca da evolução do conceito de família, relacionando este com o direito sucessório.

Ressalta que a sucessão é fortemente vinculada ao conceito de família, que por sua vez, esteve muito ligado ao casamento em decorrência da enorme influência religiosa presente na história brasileira. Destaca também que não faz muito tempo a família era entendida como um ente autônomo, um fim a ser protegido por si só, diferente do que ocorre atualmente, em que a família é vista como um ambiente apto a proporcionar o desenvolvimento da dignidade e personalidade dos indivíduos.

A Constituição de 1988, refletindo o que já ocorria na sociedade, passou a reconhecer expressamente a união estável (artigo 226, §3º) e a família monoparental (artigo 226, §4º), além do casamento. A Constituição atual consagra também o princípio da dignidade humana como ponto central e a família passa a ser funcionalizada, devendo servir ao indivíduo para que se desenvolva.

Desta forma, o Estado passa a ter o dever constitucional de proteger todas as famílias. Conforme o artigo 226, *caput*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Portanto, esta proteção é conferida a qualquer entidade familiar que contribua para o desenvolvimento de seus membros, não apenas o casamento.

Na segunda parte de seu voto, o ministro trata da compatibilidade do artigo 1.790 do Código Civil com a Constituição Federal. Após apresentar um breve panorama a respeito de

---

<sup>97</sup> Petição de ingresso como *amicus curiae* do IBDFAM. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4744004>>.

<sup>98</sup> Voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>.

como era disciplinada a sucessão do companheiro antes da entrada em vigor do Código Civil, conclui que as leis regulamentadoras da união estável concretizavam o que já sinalizava a Constituição no sentido de que cônjuges e companheiros deveriam ser igualmente protegidos no direito sucessório, pois o objetivo da sucessão, independentemente da entidade familiar, é garantir que o parceiro sobrevivente possa viver uma vida digna.

Adentrando no artigo 1.790 do Código Civil atual, Luís Roberto Barroso aponta as diferenças entre os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro, demonstrando que inobstante o propósito do legislador de colocar o casamento em patamar superior ao da união estável, ele próprio se perde em meios às tantas situações elencadas no artigo 1.790 e além de retirar muitos direitos que já haviam sido conferidos ao companheiro por lei, por vezes, involuntariamente, confere maior proteção ao companheiro em relação ao cônjuge.

Sobre a ilegitimidade da hierarquização das entidades familiares, o ministro reconhece que casamento e união estável são organizações familiares distintas e vale-se de quatro elementos de interpretação jurídica (gramatical, teleológico, histórico e sistemático) para solucionar se tal diferenciação justifica a instituição de regimes sucessórios diversos.

Pela interpretação literal, percebe-se que na Constituição não há menção a uma entidade familiar específica que mereça maior proteção estatal, apenas estabelece que a família tem especial proteção do Estado.

Buscando a concretização dos fins previstos na norma através da interpretação teleológica, tem-se que o objetivo do artigo 226 é proteger a família como instrumento de proteção de seus próprios membros. Portanto, se o Estado deve promover a vida digna de todos os indivíduos e a família é extremamente importante na contribuição do desenvolvimento de seus membros, conseqüentemente, da dignidade humana, a Constituição impede discriminação de um indivíduo decorrente do tipo de entidade familiar que escolheu formar, pois todas são capazes de contribuir igualmente para o desenvolvimento de seus integrantes.

Pela interpretação histórica, o ministro se vale dos anais da Constituinte de 1987/1988 e constata que a vontade originária do constituinte com o artigo 226 foi de incluir, não segregar. Destarte, o constituinte buscou conferir proteção estatal às configurações familiares que já existiam de fato na sociedade, para que todos pudessem ser juridicamente protegidos e igualmente respeitados, logo, também incabível a defesa de hierarquização entre casamento e união estável por esta interpretação.



Finalmente, através da interpretação sistemática, o artigo 226 da Constituição deve ser visto como parte de um contexto normativo geral, relacionando-se com outras normas. Neste ponto constata-se que os regimes jurídicos do casamento e da união estável podem ser diferentes, pois a Constituição determina que os dois institutos são juridicamente diferentes ao afirmar no §3º do artigo 226 que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Contudo, também existem normas constitucionais que privilegiam a função social da família, a família como instrumento essencial ao desenvolvimento da personalidade e dignidade de seus membros, de modo que a partir do momento que a diferenciação de regimes coloque um tipo de família em situação de inferioridade em relação a outro, esta diferenciação passa a ser ilegítima.

Especificamente quanto à determinação de se facilitar a união estável em casamento, Luís Roberto Barroso defende que este comando não demonstra preferência em relação ao casamento, mas sim a vontade do Estado em conferir maior segurança jurídica às uniões, uma vez que o casamento, por ser um instituto formal e solene, cuja existência é facilmente comprovada através de uma única certidão, confere mais segurança.

Além da inconstitucional hierarquização das famílias, o ministro sustenta ofensa à dignidade humana como valor intrínseco, já que se todos os indivíduos possuem igual valor e devem ser tratados com igual consideração, é incompatível com os valores constitucionais que determinado indivíduo receba menor proteção estatal em razão da entidade familiar que adotou para si.

Também afirma que há ofensa à dignidade como autonomia, pois esta garante que o indivíduo seja livre para fazer suas escolhas pessoais ao longo da vida, o que não ocorrerá plenamente caso um regime sucessório seja extremamente mais benéfico do que outro, pois o indivíduo acaba sendo induzido a optar pelo casamento caso deseje dar maior proteção ao parceiro em questão sucessória.

Há também violação ao princípio da proporcionalidade, não em seu sentido de vedação ao excesso, mas sim vedação à proteção insuficiente. Certamente, o artigo 1.790 revela proteção insuficiente a resguardar a dignidade humana do companheiro sobrevivente.

Ademais, também ocorre violação à vedação ao retrocesso, princípio que impede o legislador de revogar concretizações de direitos fundamentais ou substituir legislação existente por outra que reduza o grau de concretização desses direitos, exatamente o que ocorreu quando o regime jurídico sucessório da união estável estabelecido pelas Leis 8.971/94

e 9.278/96, que se igualava ao regime sucessório do casamento previsto no Código Civil de 1916, foi substituído pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

Finalmente, a última parte do voto do ministro relator trata da solução do caso concreto. Em razão da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, Luís Roberto Barroso sustenta que a sucessão do companheiro poderia voltar a ser regida pelas leis que anteriormente regulavam a matéria, pois foram supostamente retiradas do ordenamento pela norma agora declarada inválida. Todavia, considera mais acertada a solução de aplicar aos companheiros o regime estabelecido pelo próprio Código Civil de 2002 para os cônjuges, ou seja, o regramento do artigo 1.829, ressaltando a grande evolução da proteção estatal conferida ao casamento.

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso entende, ainda, ser recomendável a modulação dos efeitos do entendimento firmado, para que seja aplicada apenas nos processos em que não há trânsito em julgado da sentença de partilha ou que não tenha sido lavrada escritura pública, no caso de partilha extrajudicial.

Este voto foi proferido em 31 de agosto de 2016 e foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia. O Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos e em 30 de março de 2017 proferiu voto negando provimento ao recurso.

O Ministro Dias Toffoli sustenta em seu voto<sup>99</sup> que a norma civil apontada como inconstitucional não inferioriza a união estável em relação ao casamento, mas apenas reitera que são formas de entidades familiares diversas, conforme preconiza o artigo 226, §3º da Constituição.

Afirma também, em sentido oposto do que defendeu o Relator, que a diferenciação nos regimes sucessórios garante que seja observada a autonomia do indivíduo, respeitando que este escolha a entidade familiar que deseja formar, garantindo que os efeitos jurídicos desta escolha serão respeitados e impedindo que seja tolhida a liberdade dos que optaram pela relação informal justamente por não quererem se submeter ao regime do casamento.

O ministro defende que a opção do legislador não foi injustificada ou desarrazoada e que nos debates para aprovação do dispositivo em questão não foi decidido pela criação de

---

<sup>99</sup> Voto-vista do Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re878694.pdf>>.

uma situação jurídica desvantajosa, mas sim se decidiu pelo tratamento diferenciado a fim de não equiparar os dois institutos.

Ademais, sustenta que se trata de decisão discricionária do legislador, devendo ser respeitada a separação dos poderes e, havendo razões reais para a modificação dessa norma futuramente, deve ser respeitado o espaço democrático para esses debates, qual seja o Congresso Nacional.

Após o Ministro Dias Toffoli proferir seu voto, o Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos. O julgamento foi retomado no dia 10 de maio de 2017, quando os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski acompanharam o voto divergente do Ministro Dias Toffoli.

O julgamento foi, então, concluído e restou aprovada a seguinte tese para fim de repercussão geral: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”

Há que se consignar que até 10 de junho de 2017, data de finalização da presente monografia, a decisão ainda não foi publicada, razão pela qual não foi possível conseguir acesso à íntegra do acórdão.

#### 4 PROJETOS DE LEI QUE OBJETIVAM MODIFICAR A DISCIPLINA DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

Os tribunais não podem, através das decisões, ocupar o lugar do legislador, embora muitas vezes tentem, na medida do possível, através de interpretações dos dispositivos legais, reduzir algumas injustiças na disciplina legal da sucessão do companheiro.

Contudo, o Poder Legislativo não fica inerte a tantas críticas e a modificação ou até mesmo revogação do artigo 1.790 do Código Civil vem sendo tratada em projetos de lei, conforme será verificado na breve análise de alguns desses projetos, havendo que se ressaltar que não serão abordados os projetos na íntegra, apenas os dispositivos relacionados com a disciplina da sucessão na união estável.

Em junho de 2002, isto é, poucos meses após a aprovação do atual Código Civil, foi apresentado ao plenário da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6.960/2002<sup>100</sup>, pelo Deputado Ricardo Fiuza, objetivando dar nova redação a diversos artigos do Código Civil, dentre eles o 1.790.

Já no *caput*, a proposta visava suprimir a expressão “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, de modo que a herança na sucessão na união estável seria sempre considerada em seu sentido técnico, como toda a massa de bens deixada pelo falecido.

Neste ponto, ressalta-se que foi o próprio Deputado Ricardo Fiuza que sugeriu a inclusão desta limitação na sucessão do companheiro para que a Emenda senatorial nº 300 fosse acolhida, quando o PL 634/75, que deu origem ao Código Civil, retornou à Câmara dos Deputados.

O PL 6.960/2002 também modificava a redação do inciso I, para que ao companheiro fosse assegurada quota equivalente à metade do que caberia a cada descendente, salvo se houvesse tido comunhão de bens durante a união estável, sem bens particulares deixados pelo autor da herança, ou se o regime bens caso tivesse ocorrido casamento no início da convivência fosse o da separação obrigatória.

---

<sup>100</sup> Projeto de Lei 6.960/2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>.

Além disso, não mais existiria a concorrência sucessória do companheiro sobrevivente com os colaterais, tendo o companheiro direito à totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes.

Ademais, também era proposta a inclusão de parágrafo único ao artigo 1.790 para assegurar o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente em relação ao imóvel de residência familiar, desde que fosse o único dessa natureza a inventariar e enquanto o companheiro não constituísse nova união ou casamento.

Como justificativa da modificação do artigo 1.790, sugestão de Zeno Veloso, quem contribuiu na elaboração do projeto na área do Direito das Sucessões, foi exposto que o artigo representa retrocesso na sucessão do companheiro considerando a legislação que vigorava naquele momento, as Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Como justificativa do projeto de lei considerado em sua integralidade, o deputado afirma que havia se comprometido a logo após a sanção do novo Código Civil apresentar projeto para aperfeiçoar alguns pontos que não puderam ser modificados durante a tramitação do PL 634/75, por impedimentos regimentais, e que o PL 6.960/2002 representaria a finalização do processo de codificação para que o Código Civil pudesse, de fato, inserir-se no presente e projetar-se para o futuro.

Conclui-se, pois, que verdadeiramente o Código Civil foi finalizado de forma não satisfatória e já entrou em vigor bastante defasado em relação à realidade da sociedade, tendo sido delegada a uma futura lei a correção de tudo o que ficou para trás ou mal elaborado. Ocorre que este projeto de lei foi arquivado em 2007, ainda na Câmara dos Deputados, e até hoje é sentido o reflexo de toda a conturbada e confusa tramitação do Código Civil, que seria de fato concluído com a aprovação do PL 6.960/2002, visto que as mudanças propostas – frise-se, logo após a sanção do Código Civil – resolveriam grandes questões que até hoje circundam a sucessão na união estável.

Ainda no ano de 2007 este projeto de lei foi reapresentado na Câmara dos Deputados, pelo Deputado Léo Alcântara, sob o número 276/2007<sup>101</sup>, reproduzindo a justificativa apresentada anteriormente pelo Deputado Ricardo Fiúza. Todavia, em janeiro de 2001 este projeto também foi arquivado.

---

<sup>101</sup> Projeto de Lei 276/2007. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>>.

Em 2005 foi apresentado o Projeto de Lei 4.944/2005<sup>102</sup>, pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia, sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, também arquivado em 2007. Este projeto, dentre outras modificações, propunha a revogação do artigo 1.790 e a inclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária do artigo 1.829, concorrendo com os descendentes em primeiro lugar, com ascendentes em segundo e sozinho em terceiro, assim como o cônjuge.

Na concorrência com os descendentes, suprimia toda a confusa restrição quanto ao regime de bens do casamento, mas acrescentava parágrafo único ao artigo, determinando que a concorrência com descendentes e ascendentes só se daria em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência do casamento ou união e sobre aqueles em que não há o direito a meação, excluídos os bens subrogados. Além disso, pela nova redação proposta ao artigo 1.845, apenas seriam herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes, excluindo assim o cônjuge.

Quanto ao direito real de habitação, acrescentava o companheiro na redação do artigo 1.831, retirava a exigência de que o imóvel fosse o único de natureza residencial a inventariar, mas passava a exigir que o imóvel estivesse sob domínio exclusivo do falecido ou de ambos. Em parágrafo único fazia a ressalva de que caso o imóvel integrasse a legítima dos descendentes menores ou incapazes, o direito real de habitação não seria assegurado.

Em 2007, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro apresentou o PL 508/2007<sup>103</sup>, cujo conteúdo é semelhante ao do 4.944/2005, uma vez que também é oriundo do IBDFAM. O último andamento da tramitação deste projeto é seu desarquivamento em fevereiro de 2015.

Já o Projeto 267/2009<sup>104</sup> foi proposto pelo Senador Roberto Cavalcanti e enviado para revisão da Câmara dos Deputados em julho de 2010, recebendo o número 7.583/2010<sup>105</sup>. Este projeto de lei, além de revogar o artigo 1.790, revogava também as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

---

<sup>102</sup> Projeto de Lei 4944/2005. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=279454>>.

<sup>103</sup> Projeto de Lei 508/2007. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345372>>.

<sup>104</sup> Projeto de Lei 267/2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91698>>.

<sup>105</sup> Projeto de Lei 7583/201. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482478>>.

De forma semelhante aos anteriores, acrescentava o companheiro na ordem de vocação de hereditária em condições semelhantes às do cônjuge, porém não suprimia as condições relacionadas ao regime de bens para a concorrência com os descendentes.

Em relação ao direito real de habitação fazia proposta semelhante à do PL 4.944/2005, sem a inclusão do parágrafo único que excluía este direito caso o imóvel integrasse legítima de descendentes menores ou incapazes.

No ano de 2011 este projeto de lei foi apensado ao PL 6025/2005, arquivado desde 2014.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.908/2012<sup>106</sup>, proposto pelo Deputado Hidekazu Takayama, visando à correção de alguns aspectos da sucessão do cônjuge e do companheiro. Este projeto foi baseado nas conclusões da tese de doutorado pela Universidade de São Paulo (USP) de Inacio de Carvalho Neto, que reconhece “como injusta ficou a distinção, no Código de 2002, entre o direito sucessório do cônjuge e o do companheiro. Embora tal discriminação tenha explicações de ordem histórica, o fato é que se faz necessário alterar tal situação.”<sup>107</sup>

O Deputado Takayama deixa claro em sua justificativa que é necessário aproximar o tratamento conferido aos companheiros no Direito de Família e das Sucessões à realidade social e afirma que nem mesmo o PL 6.960/2002 resolveria a questão, pois é preciso tratar cônjuge e companheiro de forma igualitária, sendo a primeira providência a ser tomada a revogação do artigo 1.790.

Revogando o artigo 1.790, é proposta alteração do artigo 1.829, da ordem de vocação hereditária, para incluir o companheiro ao lado do cônjuge, também suprimindo a concorrência com descendentes condicionada ao regime de bens.

No artigo 1.830 objetiva-se excluir que o cônjuge separado de fato há mais de dois anos perca os direitos sucessórios, determinando que apenas no caso de separação judicial não será assegurado ao cônjuge este direito. Ressalta-se que neste ponto este projeto vai a sentido contrário do arquivado PL 4.944/2005, que propunha manter somente a separação de fato como impeditivo ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

---

<sup>106</sup> Projeto de Lei 4908/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564125>>.

<sup>107</sup> NETO, Inacio de Carvalho. *Op. cit.* p. 202.

É proposta a inserção de um parágrafo determinando que o direito sucessório somente seja reconhecido ao companheiro caso a união não tenha sido dissolvida judicialmente antes da morte, além de que a união deve ser exclusiva e reconhecida por sentença judicial transitada em julgado.

Também é acrescentado outro parágrafo estabelecendo que se a união foi iniciada quando o *de cujus* já se encontrava gravemente enfermo, falecendo dessa enfermidade nos trinta dias seguintes ao início da união, o companheiro não terá direito à herança, sendo proposto também parágrafo com disposição semelhante em relação ao cônjuge.

No que se refere ao direito real de habitação, além de assegurar o direito também ao companheiro, há a condição de que o imóvel pertença exclusivamente ao falecido ou a este e o sobrevivente e retoma a exigência de que só perdura enquanto o beneficiário não constituir nova união.

Em relação à condição de que o imóvel seja o único residencial a inventariar, esta está mantida, porém há o acréscimo de um parágrafo determinando que caso haja mais de um imóvel residencial, mas pagas as dívidas reste apenas um, o direito real de habitação é assegurado.

As modificações dos artigos 1.832, 1.836 e 1.837 a 1.839 são somente para incluir o companheiro, igualando os direitos desse aos do cônjuge. Apenas no artigo 1.832 há uma pequena modificação para deixar claro que a reserva de um quarto da herança só ocorre caso o cônjuge ou companheiro seja ascendente de todos os herdeiros com quem concorrer, evitando assim a polêmica quando ocorre filiação híbrida.

Este projeto de lei também dá nova redação ao artigo 1.845, incluindo o companheiro como herdeiro necessário e acrescenta parágrafo único ao artigo 1.846 determinando que, caso o falecido deixe três ou mais filhos, ou quando cônjuge ou companheiro concorra com pelo menos dois filhos, a legítima será de setenta e cinco por cento da herança.

Atualmente o projeto ainda tramita na Câmara dos Deputados e, após desarquivamento em fevereiro de 2015, encontra-se com a Comissão de Seguridade Social e Família desde setembro de 2015, aguardando parecer do Relator Deputado Marcus Pestana, que antes do arquivamento ocorrido em janeiro de 2015 havia exarado parecer pela rejeição do projeto, por considerar que a apreciação do projeto não era recomendável no momento, devido à apreciação do PL 508/2007.



## CONCLUSÃO

Conforme o objetivo proposto, no presente trabalho procurou-se ir além da análise doutrinária e jurisprudencial a respeito da regulamentação da sucessão do companheiro no Código Civil de 2002, para que fosse possível entender as razões que levaram o legislador a disciplinar a matéria da forma que o fez.

Já no primeiro capítulo, momento em que foi traçada uma espécie de linha do tempo do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, é possível verificar que o grande responsável pela regulamentação falha da sucessão do companheiro não foi unicamente o legislador em si, mas também a longa passagem de tempo entre cada momento da elaboração do Código Civil.

A redação atual deste artigo não é muito diferente do que constava no Projeto de Lei 3263/1965. Ocorre que, se à época a inclusão de um artigo disciplinando a sucessão da companheira era extremamente revolucionário, visto que apenas as famílias constituídas pelo casamento eram tidas como entidade familiar, durante a tramitação do Projeto de Lei 634/1975 a união estável ganhou status constitucional de entidade familiar. Percebe-se que a cada momento da tramitação que a ideia era retomada, as modificações do contexto social eram ignoradas, fazendo com que o artigo já nascesse ultrapassado.

Entretanto, certo é que o artigo 1.790 e seus incisos possuem graves falhas na redação que, independentemente da vontade do legislador de preservar a ideia inicial do artigo - o que provocou a discrepância de tratamento em relação ao cônjuge- poderia ao menos ter se atentado para a confusão que a redação do artigo poderia ocasionar na prática. A questão dos incisos I e II, por exemplo, devido à utilização da palavra “filhos” e posteriormente da palavra “descendentes” já foi superada, por outro lado, o significado da palavra herança, nos incisos III e IV ainda é objeto de discussões, gerando bastante insegurança.

Em relação ao direito real de habitação, como o artigo 1.831 do Código Civil já estava finalizado de forma satisfatória, conferindo este direito ao cônjuge, o artigo foi simplesmente tido como finalizado, mesmo após o reconhecimento constitucional da união estável. Considerando que havia senadores atentos à questão da tutela dos companheiros, mesmo antes de 1988, a não inclusão do companheiro no artigo 1.831 parece-me mais uma falta de atenção, visto que não se discutia mais este artigo, do que a exclusão proposital do companheiro, até porque em 1996 este direito foi assegurado àqueles que vivem em união estável, com a entrada em vigor da Lei 9.278/96.

Com efeito, a não menção ao companheiro neste artigo provocou e ainda provoca polêmica no âmbito doutrinário, mas atualmente, na prática, este direito tem sido garantido ao companheiro, ainda que não haja consenso sobre a razão de o direito real de habitação ser assegurado ao companheiro (por força da Lei 9.278/96 ou por analogia à situação no casamento).

A tese firmada pelo STF em virtude da inconstitucionalidade do artigo 1.790 determinando a aplicação dos dispositivos referentes à sucessão do cônjuge para o caso dos que viviam em união estável com o autor da herança soluciona a questão do tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro e também os problemas internos do artigo 1.790 ocasionados pela redação dos incisos, que permitem diversas interpretações, conforme analisado ao longo de todo o primeiro capítulo. Ainda assim, as tentativas de modificação da lei, no sentido de consolidar essa igualdade na tutela sucessória, não devem ser abandonadas, pois a modificação da lei trará mais segurança jurídica.

Ademais, a melhor maneira para efetivamente proteger o companheiro, ou qualquer outra pessoa, é através do testamento. Como ainda há muitas superstições no sentido de que elaborar um testamento atrairá a morte, ou até mesmo por falta de acesso às informações relacionadas à matéria, muitos dependem da sucessão legal, sendo incabível que a tutela sucessória do companheiro seja envolvida por tanta insegurança jurídica e discussão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3263/1965**. Institui o Código Civil.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=211133>>.

Acesso em: jun. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 276/2007**. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>>.

Acesso em: fev. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4908/2012**. Dá nova redação aos arts. 544, 1.561, 1.723, 1.789, 1.797, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845, 1.846 e 2.003 da Lei nº 10.460, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", e ao art. 990 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que "Institui o Código de Processo Civil", acrescenta e revoga dispositivos e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564125>>.

Acesso em: fev. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4944/2005**. Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=279454>>.

Acesso em: fev. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 508/2007**. Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345372>>.

Acesso em: fev. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 634/1975**. Código Civil. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>>.

Acesso em: mar. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.960/2002**. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>.

Acesso em: fev. 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7583/201**. Altera as Leis nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e revoga as Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e nº 9.278, de 10 de maio de 1996, para assegurar a ampliação dos direitos civis dos companheiros na união estável.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482478>>.

Acesso em: fev. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL, **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>.

BRASIL, **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei 267/2009**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e revoga as Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e nº 9.278, de 10 de maio de 1996, para assegurar a ampliação dos direitos civis dos companheiros, na união estável. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91698>>. Acesso em: fev. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Arguição de inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 1135354/PB**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Relator para Acórdão: Ministro Teori Albino Zvascki. Julgamento em 03/10/2012. Publicado em 28/12/2013. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sucessao+do+companheiro+inconstitucionalidade&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: abr. 2017

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Arguição de inconstitucionalidade no Recurso Especial nº 1291636 /DF**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 11/06/2013. Publicado em 21/11/2013. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sucessao+do+companheiro+inconstitucionalidade&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.156.744/MG**. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgamento em 09/10/2012. Publicado em 18/10/2012. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200901758978&dt\\_publicacao=18/10/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901758978&dt_publicacao=18/10/2012)>. Acesso em: abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.203.144/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 27/05/2014. Publicado em 15/08/2014. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001278654&dt\\_publicacao=15/08/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001278654&dt_publicacao=15/08/2014)>. Acesso em: abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.249.227/SC**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 17/12/2013. Publicado em 25/03/2014. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100849912&dt\\_publicacao=25/03/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100849912&dt_publicacao=25/03/2014)>. Acesso em: abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.436.350/RS**. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 12/04/2016. Publicado em 19/04/2016. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201400395495&dt\\_publicacao=19/04/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400395495&dt_publicacao=19/04/2016)>. Acesso em: abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 821660/DF**. Relator Ministro Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 14/06/2011. Data de Publicação: 17/06/2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600380972&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: mai. 2017.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 878694/MG**. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgamento em 10/05/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.aspx?incidente=4744004>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Órgão Especial. **Arguição de inconstitucionalidade nº 0019097-98.2011.8.19.0000**, Relator Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Julgamento em 06/08/2012. Publicado em 03/09/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201201700008>>. Acesso em: mai. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Órgão Especial. **Arguição de inconstitucionalidade nº 0032655-40.2011.8.19.0000**, Relator Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Julgamento em 11/06/2012. Publicado em 19/06/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201201700001>>. Acesso em: mai. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. **Arguição de inconstitucionalidade nº 0268760-56.2013.8.21.7000**, Relator Desembargador Rui Portanova. Julgamento em 24/02/2014. Publicado em 21/03/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: mai. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. **Arguição de inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010.8.26.0000**, Relator Desembargador Cauduro Padin. Julgamento em 14/09/2011. Publicado em 23/11/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI000LMT30000>>. Acesso em: mai. 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de; CUNHA, Marcela Teixeira Vieira Machado da. **Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampliada. Niterói: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 4 v.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 5 v.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. Ver, atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v.

DOMINGUES, Rogério Ribeiro. Da inexistência do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente após o advento do Código Civil de 2002. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: v. 104, n. 395, p. 665-667, jan. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 7 v.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, Renan Kfuri. Renúncia ao direito real de habitação na união estável. **ADV: Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas**. Rio de Janeiro: X, p. 18-21, dez. 2011.

MIGALHAS. **Maioria do STF considera inconstitucional tratamento diferenciado a cônjuge e companheiro em sucessão**. Disponível

em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI244916,71043->

[Maioria+do+STF+considera+inconstitucional+tratamento+diferenciado+a](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI244916,71043-Maioria+do+STF+considera+inconstitucional+tratamento+diferenciado+a)>. Acesso em: set. 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v.

NETO, Inacio de Carvalho. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

NETO, Inacio de Carvalho. Novo projeto de lei pretende corrigir a sucessão do cônjuge e do companheiro. **Revista do Mestrado em Direito**. Brasília: v. 7, n. 2, p.1-18, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/4474/3144>>. Acesso em: fev. 2017.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/>>. Acesso em: mar. 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 6 v.

REALE, Miguel. Visão **geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em:

<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: fev. 2017.

REGIS, Mario Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariangela Guerreiro (coord.). **Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010. p. 127-157.

SOUZA, Luciana Rezende. O direito real de habitação e o usufruto nas leis concubinárias frente ao novo Código Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: v. 100, n. 373, p.155-172, maio/set. 2004.

SOUZA, Sylvio Capanema de. A sucessão do companheiro: questões controvertidas. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: v. 13, n. 52, p.17-27, out./dez. 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 6 v., p. 238.

VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, III., 2001. Ouro Preto. **Anais**. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/188.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/188.pdf)>. Acesso em: abr. 2017.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.); OLIVEIRA, Euclides Benedito de (coautor). **Direito de família e o novo código civil**. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 235-249.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v.

XAVIER, Jose Tadeu Neves, O direito real de habitação na sucessão do companheiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: v. 15, n. 59, p. 261-297, jul./set. 2014.