



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA-FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AFONSO LUIS DA SILVEIRA

**REVISÃO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA NA SUCESSÃO
DO COMPANHEIRO**

BARBACENA
2015

AFONSO LUIS DA SILVEIRA

**REVISÃO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA NA SUCESSÃO
DO COMPANHEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Paulo Afonso de Oliveira Júnior

**BARBACENA
2015**

AFONSO LUIS DA SILVEIRA

**REVISÃO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA NA SUCESSÃO
DO COMPANHEIRO**

Monografia apresentada à Universidade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito e aprovada
pela seguinte banca examinadora:

Aprovada em ____ / ____ / 2015

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Júnior - Orientador
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.^a Dra. Maria Aline Araújo de Oliveira Geoffroy
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Me. Delma Gomes Messias
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

BARBACENA
2015

Dedico à minha família, minha mulher por ter cuidado incansavelmente do nosso filho nos momentos que fiquei longe, dedicando-me ao curso de direito. Ao meu filho por ter suportado a minha ausência e por ter algumas vezes me esperado chegar em casa, depois de longa labuta nos estudos, para poder estar comigo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço essa conquista primeiramente a Deus, pois sem Ele nada haveria. Pela força que me deu nos momentos difíceis que tive durante o curso, pois educar um filho nascido no início do curso não é fácil.

Por fim, agradeço a meu professor e orientador Paulo Afonso pela paciência e excelente profissionalismo dispensado durante as aulas e a orientação desta monografia, afinal, o conhecimento que adquiri permanecerá por toda a eternidade.

RESUMO

Este estudo visa falar sobre o tema Revisão da Doutrina e da Jurisprudência sobre a Sucessão do Companheiro. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o companheiro adquiriu vários direitos, sendo que com a chegada das leis 8971/94 e 9278/96 o companheiro aumentou estes direitos chegando ao ponto de ser mais beneficiado do que o cônjuge. Mas, com o surgimento do Código Civil, no ano de 2002, o companheiro teve rechaçado os seus direitos, ao ponto de a situação se inverter, e o cônjuge passar a ter mais benefícios. O artigo 1790 do código civil causou divergências na doutrina e na jurisprudência havendo várias teses para cada inciso do artigo. Na pesquisa nos Tribunais de Justiça a jurisprudência não é unânime. Vários Tribunais apresentam entendimento pela inconstitucionalidade do dispositivo, outros entendem pela constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: sucessão, inconstitucionalidade, doutrina, jurisprudência.

ABSTRACT

This study aims to discuss the topic of Doctrine and Jurisprudence Review on the Succession of the partner. With the advent of the 1988 Federal Constitution, the companion acquired various rights, and with the arrival of laws 8971/94 and 9278/96 fellow increased these rights to the point of being more benefit than the spouse. But with the emergence of the Civil Code in 2002, the companion had rejected their rights to the point where the situation is reversed, and the spouse go on to have more benefits. Article 1790 of the Civil Code caused disagreements in doctrine and jurisprudence there several theses for each section of the article. In the survey the Courts of Justice case law is not unanimous. Several courts have understanding for the device unconstitutional, others understand the constitutionality.

KEYWORDS: succession, unconstitutional, doctrine, jurisprudence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CONJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	09
3 ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	13
3.1 Situação sucessória do companheiro antes do código civil de 2002	13
3.2 Análise do direito sucessório do companheiro no código civil de 2002	14
3.3 Concorrência com os descendentes do <i>de cujus</i>	16
3.4 Concorrência com a filiação híbrida	19
3.5 Concorrência com outros parentes sucessíveis	21
3.6 Concorrência entre o cônjuge sobrevivente e o companheiro	22
3.7 A inconstitucionalidade do artigo 1790 do código civil de 2002	25
3.8 Direito a meação	26
3.9 O direito real de habitação dos companheiros	27
4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO ...	29
4.1 Concorrência com os descendentes do <i>de cujus</i>	32
4.2 Concorrência com a filiação híbrida	34
4.3 Concorrência com outros parentes sucessíveis	35
4.4 Concorrência entre o companheiro ou companheira com o estado	37
4.5 A (in)constitucionalidade do artigo 1790 do código civil de 2002	40
4.6 O direito real de habitação dos companheiros	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
6 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	47

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o companheiro adquiriu vários direitos, sendo um deles o reconhecimento da união estável como entidade familiar. Duas leis posteriores à Carta Magna deram mais direitos aos companheiros, mas veio o Código Civil (CC) de 2002, em seu artigo 1790, rechaçando esses direitos e dando novos caminhos para a sucessão entre eles.

O novo dispositivo veio com a redação que deu ao interprete da lei vários entendimentos sobre como aplicar a cada caso, divergindo sobre cada inciso do artigo.

A doutrina e a jurisprudência não são unâimes quanto ao correto entendimento do artigo.

A nossa pesquisa abrangerá o que pensa os doutrinadores e a jurisprudência sobre os direitos sucessórios dos companheiros citando pontos divergentes entre eles.

Primeiramente a pesquisa traz uma análise sucinta do artigo 1829 do Código Civil, sucessão do cônjuge, para que se possa saber as diferenças trazidas pela lei sobre a sucessão do cônjuge e a do companheiro.

Em segundo lugar a pesquisa aborda o aspecto doutrinário, demonstrando o que os doutrinadores pensam sobre a sucessão do companheiro.

No terceiro momento a pesquisa aborda o entendimento jurisprudencial da sucessão, verificando que em cada tribunal de justiça pesquisado há um pensamento diferente sobre cada parte do artigo, sendo que há tribunais que decidiram sobre a constitucionalidade e outros pela inconstitucionalidade do artigo. O entendimento da justiça sobre o artigo está chegando ao STJ e ao STF, sendo que este último ainda analisará o caso.

Este tema é bastante polêmico, iniciando as divergências já no caput e perpassando por todos os seus incisos.

2 ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No código civil de 1916 o cônjuge era a terceira pessoa na linha sucessória, recebendo a herança somente na ausência dos descendentes e ascendentes. Com o advento do Código Civil de 2002 houve acréscimos de direitos ao cônjuge, ao tratá-lo em seu artigo 1845 como herdeiro necessário, ainda trazendo como inovação o artigo 1829, que agora passa a figurá-lo como herdeiro concorrente.

Desta forma, o cônjuge passa a ser o herdeiro que tem mais vantagens na linha sucessória, uma vez que concorre com os descendentes, com os ascendentes, e na falta destes herda a totalidade da herança.

Art. 1829 – A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais.

O primeiro inciso traz a concorrência do cônjuge com os descendentes. São feitas ressalvas quanto ao regime de bens do casamento, uma vez que o cônjuge é meeiro, descrito no artigo 1846 CC. Conforme leciona Pereira (2011), o cônjuge casado no regime da comunhão universal não concorre na sucessão de bens pelo motivo de já ser meeiro. No regime de separação obrigatória de bens não faz sentido a sucessão porque a própria lei veda a comunicação dos bens do casal. No regime de comunhão parcial de bens o cônjuge também é meeiro e não concorre na sucessão se o autor da herança não deixar bens particulares.

Vemos nesta última hipótese, comunhão parcial de bens, que o cônjuge herdará se o autor da sucessão tiver deixado bens particulares.

Este caso é bem interpretado por Leite (2003, apud VENOSA, 2014, p. 143 e 144):

Na comunhão parcial de bens, o legislador cria duas hipóteses de incidência da regra da concorrência. Primeiro (regra geral), o cônjuge sobrevivente não concorre com os demais descendentes, porque já é meeiro, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Segunda hipótese, se o autor da herança houver deixado bens particulares, a contrário sensu, da regra geral, conclui-se que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes.

E continua:

Na realidade, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens) o legislador só abriu possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente tomará sua massa de bens particulares.

No entanto, esse direito sucessório será reconhecido ao cônjuge sobrevivente, ao tempo da morte do outro, no caso dos cônjuges não estarem separados judicialmente e nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, que essa convivência se tornaria impossível sem culpa do sobrevivente. É o que diz o artigo 1830 do Código Civil (CC).

Tema este bastante divergente na doutrina e na jurisprudência, pois a parte final do artigo 1830 cita que a culpa da impossível convivência seria do falecido e não do cônjuge sobrevivente. Como cita Tartuce (2014) muitos doutrinadores, a exemplo de Maria Berenice Dias, pensam que a culpa não precisa ser provada devido à entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010 que trata sobre o divórcio. Se para a dissolução da sociedade não há necessidade de provar culpa, também não há que provar para a sucessão. Como há entendimentos que a culpa mortuária e funerária devem ser investigadas, a exemplo alguns julgados na justiça.

Na concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge sobrevivente quinhão igual ao que sucederem por cabeça, não podendo ser a sua parte inferior à quarta parte da herança se forem ascendentes dos herdeiros com que concorrer. Deste modo haverá três possibilidades de concorrência, a primeira o cônjuge concorre com os seus descendentes comuns, a outra com os descendentes do autor da herança e a última concorre com os seus descendentes, com o autor da herança e com os descendentes do autor da herança.

Essas três hipóteses trazem uma gama de discussões na doutrina e jurisprudência porque não há uma fórmula correta para fazer tal divisão de bens. Os doutos divergem quanto ao que o cônjuge herdará.

O cônjuge concorrendo com os seus descendentes, herdeiros comuns, será da seguinte forma: se for apenas um herdeiro receberá a metade da herança, se forem dois descendentes receberá um terço da herança, se for mais de três herdeiros será feita a divisão de tal forma que o cônjuge receba a quarta parte da herança e os outros herdeiros recebam por cabeça.

Havendo a concorrência somente com os filhos do autor da herança, o cônjuge irá receber por cabeça porque a norma expressa não trouxe garantia para o cônjuge receber no mínimo a quarta parte da herança. Deste modo, a herança será dividida em partes iguais para todos os herdeiros.

A parte mais problemática será quando o autor da herança concorrer com os filhos comuns e com os filhos somente do *de cujus*, a famosa sucessão híbrida. O artigo 1832 do código civil não traz tal previsão, e desta forma fica a divergência na doutrina de como proceder a divisão da herança.

Há entendimento como o de Venosa (2014), que concorrendo o cônjuge com os filhos comuns e os filhos do autor da herança caberá ao cônjuge receber no mínimo a quarta parte da herança e os descendentes dividirão o restante em partes iguais, pois o legislador não fez distinção e conferiu ao cônjuge a quarta parte da herança, protegendo deste modo o cônjuge.

Há entendimento, como o dos autores (CARVALHO, Dimas Messias de e CARVALHO, Dimas Daniel de 2012) que a herança deveria ser dividida matematicamente em partes, conforme as regras do artigo 1832 do Código Civil. Primeiramente divide-se o total da herança em tantas quotas quantos fossem os herdeiros, depois somam-se as quotas referentes ao cônjuge e a dos herdeiros comuns. Deste total retira-se a quarta parte do cônjuge. As partes que sobrarão para os herdeiros comuns serão somadas às partes dos herdeiros só do autor da herança. Desta soma chegar-se-á a um montante que será dividido em partes iguais a todos os filhos, observando a igualdade dos filhos previstos no artigo 226 da Constituição Federal.

Por fim, o entendimento que prevalece na doutrina majoritária, como aborda Tartuce (2014) é o de privilegiar os filhos em detrimento do cônjuge. Assim, não haveria a quarta parte para o cônjuge e a herança seria dividida em partes

iguais para todos os herdeiros. Esse entendimento foi adotado na V Jornada de Direito Civil onde ficou decidido: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus* não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida” (Enunciado n. 527).

Apesar deste entendimento majoritário, está longe de ser decidida qual a melhor forma de suceder no caso da concorrência entre o cônjuge e os filhos híbridos, uma vez que a lei não trata deste assunto.

Todavia, em todas as formas de regime de casamento fica assegurado ao cônjuge sobrevivente, independentemente do modo que venha a suceder, o direito de habitação, desde que o cônjuge tenha apenas um imóvel para morar. O artigo 1831 é claro em dizer que o imóvel tem que ser o único a inventariar e destinado à residência do sobrevivente. No entanto, há divergência na doutrina porque o entendimento majoritário é de que o imóvel é personalíssimo, não podendo o cônjuge alugar, tendo que morar no imóvel. Mas, um novo entendimento vem surgindo no sentido do cônjuge sobrevivente poder alugar o imóvel desde que a renda seja para suprir as necessidades básicas.

Na concorrência do cônjuge com os ascendentes a lei traz somente duas hipóteses, que estão previstas no artigo 1837 do código civil, nas quais vejamos: concorrendo o cônjuge com o pai e a mãe do *de cujus*, cabe ao cônjuge um terço da herança. Caso o sobrevivente concorra somente com o pai ou a mãe, ou com os ascendentes de grau superior, como por exemplo os avós, caberá a ele a metade da herança.

Na falta de descendentes ou ascendentes do *de cujus*, o cônjuge é chamado à sucessão para receber a herança em sua totalidade. Para tanto, não poderá estar separado judicialmente e nem estar separado de fato há mais de dois anos. No caso de estar separado há mais de dois anos e quanto à culpa da separação, já foi exposto no começo do capítulo.

Cabe ressaltar que na concorrência do cônjuge com os ascendentes, ou quando esse herda sozinho, não há que se falar em regime de bens do casal.

3 ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 Situação sucessória do companheiro antes do código civil de 2002

Antes de adentrar na sucessão do companheiro ou companheira no Código Civil de 2002, devemos fazer um breve histórico de como era a sucessão após a Constituição Federal de 1988 e antes do Código Civil de 2002.

Com o advento da nossa Carta Magna, em seu artigo 226, parágrafo 3º, quando se reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, o companheiro teve um grande acréscimo em seus direitos, principalmente aos direitos sucessórios.

O artigo 1603 do Código Civil de 1916 não previa o companheiro como herdeiro legítimo, no entanto, em decorrência da mudança da Constituição Federal de 1988, surgiu em 1994 a lei 8971, que em seu bojo, trouxe mudança no artigo 1603 do Código Civil de 1916, acrescentando neste artigo o companheiro como herdeiro legítimo, passando à frente dos colaterais. Com a vigência desta lei, o companheiro passaria a suceder, conforme artigo 2º, ficando enquanto não constitui nova união, com o usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos comuns e com o usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houvesse filhos comuns, embora sobrevivam ascendentes. O inciso III do referido artigo acrescentou que na falta de descendentes e de ascendentes o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança. O artigo terceiro da lei fazia referência também aos bens deixados pelo autor da herança, nos haja colaboração do companheiro, terá este o direito à metade dos bens.

A lei trouxe alguns requisitos que deveriam ser cumpridos, como ser solteiro ou separado judicialmente, divorciado ou viúvo, bem como a convivência de mais de cinco anos, ou dela tenha prole.

Deste modo, o companheiro teve um grande salto na conquista de seus direitos, uma vez que passava a ser reconhecido como herdeiro.

No ano de 1996, entrou em vigor a lei 9278, a qual trouxe mais benefícios para o companheiro, pois em seu artigo 1º extinguiu os requisitos necessário da união estável, passando a ser reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher,

estabelecida com objetivo de constituição de família, não mais necessitando ter o lapso temporal de cinco anos.

Nesse novo diploma legal incluiu-se o direito real de habitação, sendo reconhecido em seu artigo 7º, desde que o sobrevivente não constitua nova união estável ou casamento. No artigo 5º a lei reconheceu a meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, não necessitando de prova para ver quem adquiriu o bem, uma vez que se foi adquirido na constância da união estável onerosamente há meação, salvo se houve contrato escrito dispondo o contrário.

3.2 Análise do direito sucessório do companheiro no código civil de 2002

Com o advento do novo código civil, no ano de 2002, houve um rechaçamento nos direitos do companheiro pelo fato da nova lei ir de encontro com os direitos adquiridos por ele, após a Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal e as leis 8971/94 e 9278/96 abrangeram os direitos do companheiro chegando ao ponto de serem maiores do que o do cônjuge. Mas, a nova lei civil citada acima prejudicou o companheiro de tal forma que há discussões a respeito da constitucionalidade ou não do artigo 1790, matéria esta que passaremos a tratar em capítulo à parte.

Já digo que este artigo vem fora de lugar no CC, uma vez que o dispositivo está no Título I – Da Sucessão em Geral, no capítulo I – Disposições Gerais. Melhor seria o legislador tê-lo colocado junto ao Título II – As Sucessão Legítima - precisamente incluí-lo ao artigo 1829. Tartuce (2014) chama o companheiro de herdeiro especial.

O artigo 1790 do Código Civil vem tratando da sucessão do companheiro e vem expresso na lei da seguinte forma:

Art.1790 - 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.

O caput do artigo já vem trazendo um ponto polêmico que é a sucessão do companheiro ou companheira quanto aos bens onerosos adquiridos na vigência da união estável, porque diminui a participação nos bens e diferencia o companheiro ou companheira do cônjuge. Ora, a exclusão do supérstite aos bens gratuitos como, por exemplo, na doação pode vir a prejudicar o sustento do companheiro ou companheira sobrevivente, que pode vir a passar dificuldades financeiras com esta injustiça.

Ademais, o convivente sobrevivente nada herdar caso o *de cujus* não tenha deixado bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, sendo que participará da sucessão somente no caso de ser herdeiro testamentário.

Muitos autores embasam no artigo 226 da Constituição Federal para criticar o caput do artigo 1790 código civil. Como fundamenta o nobre professor Veloso (2003), ao ser citado por Gouvêa (2009), em seu trabalho de conclusão de curso, uma situação exemplificativa, em que uma companheira que conviveu muitos anos com uma pessoa rica que não adquiriu bens onerosos na constância da união estável, e que tenha muitos bens adquiridos antes desta união ou após esta, mas de forma gratuita, fica desamparada após a morte do *de cujus* porque nada vai herdar.

Na contramão deste pensamento, alguns autores, a exemplo temos Gonçalves (2014), pensam que o referido caput não traz prejuízo ao companheiro ou companheira pelo fato da Constituição Federal não igualar a união estável ao casamento, e sim facilitar a conversão. Deste modo, os efeitos jurídicos entre casamento e união estável devem ser diferentes, pois a Constituição Federal os trata de forma diferente.

A doutrina diverge quanto ao caput do artigo 1790 do Código Civil, no que pese esta divergência, devemos deixar claro que a mudança trazida no Código Civil, como foi citado acima, foi um retrocesso às medidas aplicadas com o fito de igualar o companheiro ao cônjuge. Os direitos adquiridos com o advento da lei 8971/94 foram rechaçados pelo artigo supra do Código Civil.

Outro ponto que se observa é a concorrência entre o companheiro ou companheira com o Estado. Ora, na falta de herdeiros do *de cujus* quem irá herdar os bens havidos não onerosamente na constância da união estável, uma vez que os bens onerosos são aqueles que a norma prevê para a participação do sobrevivente na sucessão? O nobre douto Tartuce (2014) narra bem essa pergunta em seu livro Manual de Direito Civil – volume único, bem como filia-se à corrente majoritária que

prevê a transmissão dos bens ao companheiro ou companheira. Na mesma obra cita que a corrente minoritária prevê a divisão dos bens entre o companheiro e o Estado.

Se o companheiro falecido tiver apenas bens recebidos a esse título, não deixando descendentes, ascendentes ou colaterais, os bens devem ser destinados ao companheiro ou ao Estado?

Filia-se ao entendimento de transmissão ao companheiro, pela clareza do art. 1.844 do CC, pelo qual os bens somente serão destinados ao Estado se o falecido não deixar cônjuge, *companheiro* ou outro herdeiro. Na *tabela doutrinária*, esse parece ser o entendimento majoritário, eis que exposta a dúvida em relação à possibilidade de o companheiro concorrer com o Estado em casos tais. A maioria dos doutrinadores respondeu negativamente para tal concorrência, caso de Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Mario Roberto de Faria, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Sílvia de Salvo Venosa; além do presente autor. Por outra via, sustentando que o companheiro deve concorrer com o Estado em casos tais: Francisco José Cahali, Giselda Hironaka, Inácio de Carvalho Neto, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira e Zeno Veloso. (TARTUCE, 2014. p. 1012)

3.3 Concorrência com os descendentes do *de cuius*

Como explanado anteriormente o artigo 1790 do Código Civil trata da sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Artigo com redação bastante confusa porque os quatro incisos ali presentes estão mal redigidos ocasionando dificuldade de interpretação da norma para os aplicadores da lei.

Iniciando a interpretação do artigo falaremos dos descendentes do *de cuius*. Já vimos o inciso I, que trata da concorrência do companheiro com os filhos comuns, tendo esse direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, confundindo-se com o inciso II, pois o primeiro consta a concorrência com os filhos comuns e o segundo com os descendentes só do autor da herança. A confusão se dá com o termo filhos comuns no inciso I, pois a palavra descendentes aplicada ao inciso II está correta. Melhor seria que no lugar de filhos comuns estivesse escrito descendentes comuns.

Este é o pensamento de Gonçalves (2014, p. 131 e 132) conforme cito abaixo:

Observa-se ter havido equívoco do legislador no emprego da palavra “filho”, quando a finalidade precípua da norma é regular a concorrência do companheiro com os “descendentes. Tanto assim que no inciso II foi corretamente empregada esta última palavra. Desse modo, mediante uma interpretação extensiva e sistemática, torna-se possível compatibilizar a norma do inciso I do art. 1.790 com o inciso II do mesmo dispositivo, que se refere corretamente a “descendentes”.

Como sugestão para o equívoco veio o Enunciado n. 266 CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil com a seguinte redação: “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”.

Com o advento deste enunciado ficou mais claro para o intérprete da lei que os descendentes em linha reta concorrem com o companheiro na hipótese do inciso I.

Seguindo a linha de raciocínio de Gonçalves (2014), Tartuce (2014, p.1013) cita que esta interpretação é a corrente majoritária, que é quase unânime na doutrina:

Na tabela doutrinária de Francisco Cahali, tal conclusão é quase unânime, assim pensando Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Francisco Cahali, Giselda Hironaka, Inácio de Carvalho Neto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira; além do presente autor. Em sentido contrário, pela aplicação do inc. III do art. 1.790 do CC, em situações tais, apenas Maria Berenice Dias e Mário Roberto Carvalho de Faria.

A corrente minoritária citada acima por Tartuce (2014) tem como linha de pensamento a aplicação do inciso III do artigo 1790 do Código Civil para os casos de descendentes comuns, pois o inciso I trata somente de filhos comuns e o inciso II de descendentes somente do autor da herança. Assim, nessa linha de pensamento é aplicado o inciso III, outros parentes sucessíveis para o caso de descendentes comuns.

Pereira (2011) cita em seu livro, atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira, que a linha de raciocínio da aplicação do termo descendentes comuns é a mais correta, para não haver a interpretação absurda de se aplicar aos netos e bisnetos o inciso III do referido artigo, outros parentes sucessíveis.

O citado autor ainda completa o raciocínio dizendo:

... com isso produzindo resultados absurdos: basta imaginar que o cônjuge, se concorrer com muitos netos comuns (quatro ou mais), terá direito a 1/4 da herança (art.1.832), enquanto o companheiro, na mesma receberia a fração maior de 1/3 – a lei teria, em iguais circunstância, conferido ao companheiro mais direitos que o cônjuge.

Se a expressão “filhos comuns”, como aqui sustentado, deve ser lida como descendentes comuns, isso quer dizer que, concorrendo a herança estes e o companheiro do de cuius, a partilha se dará por cabeça, aquinhoando-se igualmente todos os sucessores chamados por direito próprio [...] tal como se passa na sucessão simultaneamente aberta em favor do cônjuge e de descendentes comuns (art 1832), mas dela distinguindo-se em que o novo código em nenhum caso reservou quota mínima ao companheiro.

No inciso II do artigo supramencionado, o companheiro concorre com os descendentes só do autor da herança, nos bens onerosos adquiridos na constância da união estável, tocando-lhe a metade no que couber cada um daqueles.

A autora Avelar (2011. p. 4) explica bem a parte que cabe ao companheiro quando concorre com os descendentes só do autor da herança,

"... metade do que couber a cada um daqueles" _ assim diz literalmente o CC, referindo-se aos descendentes com a palavra "daqueles". A redação é defeituosa, pois nem todos os descendentes chamados terão, forçosamente, direito a frações idênticas. Isso porque é possível que ao lado do companheiro, concorram, por exemplo, filhos e netos do autor da herança, quando os últimos sejam convocados por direito de representação e, conseqüentemente, dividam a quota do filho pré-morto (arts. 1835 e 1855 do CC). A "metade", a que se refere o texto legal, deve ser, pois, calculada sobre a fração que couber aos descendentes chamados por direito próprio: havendo a simultânea vocação de filhos e netos do *de cuius*, que não sejam descendentes também do companheiro, a parte deste deverá corresponder à metade do que tocar singularmente a cada filho e às estirpes dos filhos pré-mortos.

Para melhor entender o inciso temos que a metade que se refere está na proporção dois para um, ou seja, os descendentes receberão X, e o companheiro X/2.

Ao analisar o artigo na parte onde o companheiro concorre com os descendentes verificamos que o legislador não reservou a quota mínima ao companheiro, como reservou ao cônjuge, no artigo 1832 código civil, ficando o companheiro em desvantagens, uma vez que o companheiro terá direito a quota igual à dos filhos comuns, e metade atribuída ao descendente somente do autor da herança, enquanto que o cônjuge terá direito a quota igual a cada descendente, nunca sendo inferior à quarta parte da herança.

Os incisos I e II trazem a concorrência do companheiro com os descendentes como vimos acima, no entanto o artigo foi omissivo em não trazer a concorrência com a filiação híbrida, como também o artigo 1829 do código civil não trouxe para o cônjuge, tendo a doutrina divergido quanto à sua aplicação. A respeito desta filiação falarei adiante em subcapítulo à parte.

3.4 Concorrência com a filiação híbrida

Mais uma vez o legislador pecou por não ter constado, também, no artigo 1790 a tipificação sobre a filiação híbrida, ou seja, quando o companheiro concorre ao mesmo tempo com os filhos comuns e com os filhos só do autor da herança.

Com esta falta houve inúmeras interpretações sobre o assunto, havendo corrente doutrinária que favorece o companheiro, assim como corrente que favorece os filhos. Também há aquelas que utilizam da matemática para tentar chegar a melhor solução que beneficia ambas as partes, ou seja, que vá dar uma solução melhor para os filhos e para o companheiro. A doutrina traz como dito acima, vários entendimentos, sendo que nosso estudo vai elencar os três principais deles.

A corrente majoritária é aquela que aplica o inciso I do artigo 1790 do Código Civil, a qual iguala todos os filhos como se fossem comuns. O companheiro irá receber uma quota equivalente a que receber os filhos. Com isso equilibraria a relação do companheiro com os filhos, e ao mesmo tempo igualaria todos os filhos. Essa tese é defendida por vários autores, a exemplo temos Venosa (2014), Gonçalves (2014). Pereira (2011. p. 142) embasa sua tese no fato do companheiro ser prejudicado, como cita abaixo:

Inclinamo-nos por adotar a solução mais favorável ao companheiro, que é a do nº I do artigo 1790, partilha por cabeça, em igualdade de condições para todos os coerdeiros (ou, mais precisamente, para todos aqueles chamados por direito próprio), levando em conta a circunstância de o novo Código não ter reservado, em benefício daquele, a quota mínima deferida ao cônjuge, na hipótese de descendência comum (art. 1832, parte final). Como antes anotado se for muito elevado o número de descendentes, a participação do companheiro na herança poderá tornar-se excessivamente diminuta, até pelo fato de a fração, que vier a ser-lhe atribuída, incidir apenas sobre os “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (art. 1.790, caput), e não sobre toda a herança.

Em entendimento divergente temos a segunda corrente que entende a aplicação do inciso II do artigo 1790 do Código Civil, igualando todos os filhos como se fossem exclusivos do autor da herança. Tartuce (2014) entende que sendo a sucessão do falecido e havendo dúvida por omissão legislativa, todos os filhos devem ser tratados como se fossem do *de cujus*.

Na mesma linha de raciocínio temos ainda, Veloso (2003, apud OLIVEIRA, 2009) na obra Direito de Herança – A nova Ordem da Sucessão, o entendimento do nobre mestre também é pela aplicação do inciso II do artigo 1790 do código civil, sendo que este diz em sua justificativa que os descendentes comuns ainda iriam herdar do sobrevivente, e neste caso os descendentes só do autor da herança seriam prejudicado. Oliveira (2009) também se filia a esta corrente.

Para o companheiro esta linha de pensamento é prejudicial pelo fato deste receber a metade que couber a cada dos descendentes, diferente da corrente majoritária que iguala o companheiro aos descendentes, dando ao mesmo a quota equivalente a que for atribuída a cada filho.

A terceira tese é uma fórmula matemática, a qual beneficia tanto os filhos quanto o companheiro, uma vez que o companheiro irá receber uma quota proporcional à quantidade de filhos do *de cujus*. Se forem mais filhos comuns, receberá uma quota maior. Se for maior o número de filhos só do autor da herança, o companheiro receberá uma quota menor. Nessa junção dos incisos I e II, o companheiro não irá receber quota equivalente a do inciso I e nem metade da quota, conforme inciso II do artigo 1790 do código civil. Segundo Tartuce (2014, p. 1014), haverá uma ponderação para a solução da fórmula matemática a ser aplicada, citando a fórmula elaborada por Gabriele Tusa:

Na sucessão híbrida, deve-se aplicar a fórmula matemática de ponderação para a sua solução. Dentre tantas fórmulas, destaca-se a Fórmula Tusa, elaborada por Gabriele Tusa, com o auxílio do economista Fernando Curi Peres. A fórmula é a seguinte:

$$X = \frac{2(F + S)}{2(F + S) + 2F + S} \cdot H$$

$$C = \frac{2F + S}{2(F + S)} \cdot X$$

Legenda

X = O quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos.

C = O quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente.

H = O valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente.

F = número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

S = O número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.”

Ademais, há inúmeros entendimentos sobre a filiação híbrida, nos quais doutrinadores divergem quanto à aplicação da melhor solução. As três correntes citadas acima são as mais comentadas na doutrina.

3.5 Concorrência com outros parentes sucessíveis

O artigo 1790 do Código Civil de 2002 trouxe em seu inciso III que o companheiro concorrendo com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança do que couber a cada um daqueles. Fazendo uma análise na legislação antes do Código Civil de 2002, precisamente na lei 8971 de 1994, que trouxe em bojo a mudança no artigo 1603 do código civil de 1916, acrescentando direito ao companheiro, passando este à frente dos colaterais, houve um retrocesso total na medida criada no inciso III do artigo 1790 do Código Civil de 2002, uma vez que com este código, o companheiro estaria concorrendo novamente com os colaterais. O nobre doutrinador Tartuce (2014) considera este inciso inconstitucional por ferir os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, conforme citado no tópico 3.6 deste estudo.

O Inciso III do artigo 1790 do código civil trouxe a concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis dando a cada um deles um terço da herança. Assim, os parentes sucessíveis são os ascendentes e os colaterais até o quarto grau.

Na falta de descendentes serão chamados em primeiro lugar os ascendentes e posteriormente serão chamados os colaterais, obedecendo à ordem do artigo 1829, lembrando que os bens que irão à sucessão serão aqueles do caput do artigo, os adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Deste modo, se o companheiro concorrer com os pais do *de cujus*, irá receber um terço da herança, conforme a lei, e o restante ficará para os pais. Caso

concorra com os avós do *de cujus*, sendo eles materno ou paterno, receberá o mesmo um terço da herança.

O nobre doutor Carlos Roberto Barbosa Moreira (2011), atualizador da obra Instituições de Direito Civil do autor Pereira (2011), cita bem essa divisão da herança do *de cujus* para o companheiro e para os outros parentes sucessíveis.

A terceira hipótese descrita no art. 1.790 é aquela em que concorrem “outros parentes sucessíveis” e o companheiro, reservando-se a este a fração de 1/3. Os demais 2/3 serão divididos:

- (a) por linhas, se os parentes chamados forem ascendentes...;
- (b) por cabeça ou por estirpe, conforme os caso, se os parentes chamados forem colaterais do *de cuius*, podendo haver direito de representação na hipótese do art. 1.840.

O doutor Oliveira (2009) faz ainda uma crítica a este Inciso III, ao compará-lo como o inciso II, pois, se o companheiro estivesse concorrendo com o descendente, receberia metade da herança, muito mais do que um terço, caso não tenha filho.

Esse tema é polêmico e já chegou ao STJ, através do Agravo de Instrumento número 1.135.354 – PB (2009/0160051-5), no qual o relator Ministro Luís Felipe Salomão julgou pela inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1790 do Código Civil, matéria essa a ser tratada no capítulo 4 deste estudo.

3.6 Concorrência entre o cônjuge sobrevivente e o companheiro

O artigo 1723 do Código Civil prevê a união estável entre pessoas, tendo o seu parágrafo I especificado que pessoas casadas que se acharem separadas de fato ou judicialmente podem constituir união estável. Na mesma lei, veio o artigo 1790, que especifica como deve ser feita a sucessão do companheiro, porém, não o fez de modo claro, deixando a desejar sobre vários aspectos relacionados à sucessão. No referido artigo não houve previsão da sucessão do companheiro com o cônjuge, tendo a doutrina tentado sanar tal imprevisão. No entanto, esse tema gerou bastante polêmica que vai ser resolvida com a construção da jurisprudência sobre o assunto.

A primeira indagação que se faz é a situação do artigo 1830 do Código Civil, quanto ao aspecto da separação judicial ou separação de fato há mais de dois

anos. Se o *de cujus* não estava separado judicialmente e nem separado de fato há mais de dois anos, o concubino sobrevivente nada herdará, por força do artigo 1727 do Código Civil. Esse é o entendimento do nobre Oliveira (2009). Com a mesma linha de raciocínio, vemos os autores (CARVALHO, Dimas Messias de e CARVALHO, Dimas Daniel de 2012) que ainda especifica que o concubino sobrevivente deverá habilitar-se como credor no espólio se ajudou o *de cujus* na aquisição de algum bem.

Aplicando o artigo 1830 do Código Civil à concorrência do cônjuge sobrevivente, e o companheiro quanto à sucessão do *de cujus*, temos as seguintes situações que foram bem explicadas por Oliveira (2009. p. 181):

- (a) Se o prazo de separação for inferior a dois anos, independente de análise da culpa, o cônjuge terá direito à herança;
- (b) Se o prazo for superior a dois anos, sem culpa do cônjuge sobrevivente, também a ele se atribuirá a participação hereditária;
- (c) Se a separação de fato se deu há mais de dois anos, por reconhecida culpa do cônjuge sobrevivente, então o cônjuge perde o direito à herança.

Agora que vimos os momentos em que o companheiro e o cônjuge irão concorrer na sucessão do *de cujus*, enfrentamos outra polêmica. Quais são os bens que concorrerão à sucessão? Como fica a divisão destes bens? Questão bastante controvertida na doutrina.

A doutrina diverge sobre tal assunto, tendo uma gama de soluções. A primeira solução foi extraída de Regis (apud GONÇALVES 2014, p. 134), para a aplicação do inciso IV do artigo 1790, pois este é norma especial em relação ao artigo 1830 do Código Civil.

...que se dê prevalência ao disposto “no inciso IV do art. 1.790, tido como norma especial em relação ao art. 1.830, assegurando-se, assim, ao companheiro, a totalidade da herança no tocante a esses bens, e excluindo, em consequência, quanto aos mesmos, qualquer direito sucessório do cônjuge.

Em suma, aduz o mesmo autor, deve a participação do companheiro ficar restrita aos *bens adquiridos durante a união estável* (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os *bens anteriores*, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável. Repugnaria “à moral assegurar ao cônjuge direito sucessório sobre um bem adquirido pelo esforço comum da companheira.

O enunciado 525 da V Jornada de Direito Civil admitiu nos artigos 1723, parágrafo I, 1790, 1829 e 1830 do Código Civil a concorrência sucessória

entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável. Mas, também, somente admitiu, não dizendo como deve ser feito.

Segundo Tartuce e Simão (2014, p. 1040),

Conforme consta da obra escrita com José Fernando Simão, entendimento do presente autor, a priori, é seguinte: considerando-se toda a orientação jurisprudencial no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime de bens, o patrimônio do falecido deve ser dividido em dois montes. O primeiro monte é composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento. Sobre tais bens, somente o cônjuge tem direito de herança. A segunda massa de bens é constituída pelos bens adquiridos durante a união estável. Quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união, a companheira terá direito à herança. Em relação aos bens adquiridos a outro título durante a união estável, o cônjuge terá direito à herança. Deve ficar claro que a presente tese foi criada pelo coautor, a quem se atribui todos os créditos da criação. Tal entendimento deve prevalecer se aplicado o art. 1.830 do CC em sua integralidade e redação original. Todavia, se seguida a nova interpretação proposta para o art. 1.830 do CC, segundo a qual o cônjuge somente terá direito sucessório se não separado de fato, somente o companheiro terá direitos sucessórios, na esteira do que entende corrente anterior.

Para Oliveira (2009) devem ser os bens divididos meio a meio entre o cônjuge e o companheiro, conforme a justiça salomônica.

Almeida (2003 apud TARTUCE, 2014 e OLIVEIRA, 2009) que a melhor solução seria aplicar o inciso III do artigo 1790 do Código Civil ao companheiro.

Na contramão deste pensamento está Carlos Roberto Barbosa Moreira, atualizador da obra Instituições de Direito Civil, de Pereira (2011, p. 146), que faz críticas a esse pensamento, uma vez que atribui ao cônjuge cota maior do que a do companheiro, tendo com isso prestigiado a família passada e não a atual. E ainda acrescenta sua solução para a concorrência do cônjuge com o companheiro:

Parece-nos que o problema deva ser resolvido mediante a aplicação, em cada período de aquisição patrimonial, das regras sucessórias que lhe são próprias, como se se tratasse de duas sucessões distintas: assim, considerar-se-ão, em primeiro lugar, os bens adquiridos até a separação de fato e, quanto a eles, se fará a partilha segundo o art. 1.829, assegurada aí a participação do cônjuge (em concorrência ou não com parentes do falecido), em seguida, proceder-se-á à partilha dos bens posteriormente adquiridos, de acordo com o art. 1.790, recebendo o companheiro o quinhão que, nas circunstâncias, lhe couber.”

Como foi dito acima, há uma variedade de soluções para o tema, tendo elas prestigiado o cônjuge em alguns casos e ao companheiro em outros. Ademais, a jurisprudência é quem vai construir a solução para o caso, de forma que chegue a solução justa para o companheiro e para o cônjuge.

3.7 A inconstitucionalidade do artigo 1790 do código civil de 2002

O aludido artigo acima traz a sucessão do companheiro de diferentes formas, sendo que em cada inciso há entendimento divergente quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo, o que torna polêmica sua análise pela doutrina e pela jurisprudência.

A inconstitucionalidade do artigo tem base na agressão à norma constitucional do artigo 226, parágrafo 3º, na qual prevê a igualdade entre famílias. O nobre douto Oliveira (2009, p. 154), em seu livro *Direito de Herança – A Nova Ordem da Sucessão* faz uma citação do honroso mestre Veloso (2003) indagando sobre a inconstitucionalidade deste dispositivo.

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

Destarte, se as famílias são equiparadas, não há que se falar em diferenças entre elas, principalmente na questão de inferioridade ou superioridade. Não se pode haver privilégios de uma família sobre as outras.

As famílias podem ser constituídas de várias formas, a exemplo temos as que são constituídas entre pessoas do mesmo sexo.

Oliveira (2009) também indaga a inconstitucionalidade do artigo com outros olhos, visualizando a vantagem para o companheiro em relação ao cônjuge, quando se compara o caput do artigo 1790 com o Inciso I do artigo 1829, ambos do Código Civil. Nesta comparação visualizamos que o companheiro participa da sucessão em qualquer regime de bens, desde que haja bens adquiridos na constância da união estável e não haja acordo formal quanto a disposição dos bens.

Enquanto que o cônjuge depende do regime de bens para participar da sucessão, não participando nos seguintes regimes: comunhão universal, separação obrigatória de bens e comunhão parcial, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares.

O nobre doutrinador Tartuce (2014) entende que o inciso III do artigo 1790, se o companheiro ou companheira concorrer com outros parentes sucessíveis, é inconstitucional pelo motivo de ferir os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, uma vez que o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal posiciona-se no sentido do reconhecimento da união estável como entidade familiar. No entanto, este jurista entende que o restante do artigo é constitucional.

Outros doutrinadores entendem, e há vários julgados a respeito, que o artigo é constitucional pelo fato da Constituição Federal não equiparar a união estável ao casamento, apenas reconhecendo essa como entidade familiar. Deste modo as diferenças trazidas no artigo 1790, entre o companheiro e o cônjuge, onde primeiro tem menos direitos que o segundo, são plenamente constitucionais, pois não ferem o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, e não fere o princípio da isonomia.

3.8 Direito a meação

O caput do artigo 1790 do Código Civil - “O companheiro ou companheira participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” - faz uma confusão onde põe em dúvida o que é meação e o que é herança. Antes de entrarmos no mérito da questão do companheiro ter ou não direito a meação devemos fazer um aparte e distinguir meação de herança.

Há vários conceitos que definem e distinguem um do outro, como sugestão, o conceito de meação dos nobres autores Almeida e Rodrigues Júnior (2012),

Meação está ligada ao condomínio especial que é formado nos regimes de comunhão. É a parcela dos bens do casal que é reservada para cada um dos cônjuges, quando existe comunicação patrimonial. Quando se diz que determinado bem pertence em comunhão aos cônjuges significa que a cada cônjuge pertence a sua metade.

A herança pode ser definida como sendo bens e direitos deixados pelo *de cujus*.

Destarte, podemos ver que a meação pertence ao direito de família, porque não há necessidade de haver um óbito para que o companheiro possa ter a sua parte, basta que haja apenas o rompimento da união estável para que isso ocorra. Agora, a herança pertence ao direito de sucessão, e para ter direito a recebê-la terá que haver um *de cujus*.

Observa-se que no artigo supramencionado o companheiro ou companheira já é meeiro, pois participa da sucessão dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Ora, fazendo uma análise do artigo 1725 do Código Civil, nota-se que os companheiros na vigência da união estável podem regular os bens por contrato escrito, no entanto, se se calarem, a lei prevê o regime da comunhão parcial. Desse modo, os bens adquiridos onerosamente pelo companheiro supérstite e/ou pelo *de cujus*, durante a vigência da união estável, serão divididos ao meio entre este e os herdeiros. Ressalta-se que o regime de bens aplicado à união estável por força de lei faz com que os companheiros também sejam herdeiros. Assim, o sobrevivente irá participar da herança em concorrência com os herdeiros, tendo os artigos 1790 e 1660, ambos do Código Civil, disciplinado como será esta concorrência e quais são os bens que entram na comunhão.

3.9 O direito real de habitação dos companheiros

O código civil de 2002 não trouxe em seu bojo o direito real de habitação para os companheiros, somente trazendo para o cônjuge, conforme o artigo 1831. O mesmo diploma silenciou quanto a este direito, pecando novamente o legislador. Entretanto, o direito real de habitação já era previsto para o companheiro, conforme a lei 9278/96, em seu parágrafo único do artigo 7º.

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

E agora, como fica a situação do companheiro? Será que a lei 9278/96 está revogada? A doutrina é divergente quanto ao assunto, sendo que o professor e desembargador aposentado do TJ/RJ, Souza (2010, p.23) cita em seu artigo à revista da EMERJ que uma corrente entende que a lei 9278/96 está revogada pela aplicação do artigo 2º, parágrafo 1º, da LINDB.

O professor ainda discorda desta linha de pensamento, filiando-se à corrente entendedora que o companheiro deverá ter o mesmo direito do cônjuge.

O artigo 1831 do Código Civil assegura ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, e 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 desta natureza a se inventariar. Diante do comando inserido no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, não vemos como não estender ao companheiro a mesma proteção, tão necessária para a preservação da dignidade humana. Ainda mais porque, em razão das regras impostas pelo artigo 1790, não havendo bens adquiridos, onerosamente, na vigência da união estável, mas tão somente exclusivos do *de cujus*, o companheiro sobrevivente ficará ao desamparo, nem mesmo tendo onde morar. Por isto, o silêncio do artigo 1790, quanto ao direito real de habitação, não nos impressiona, e nem nos parece suficiente para excluí-lo, sob pena de se violar preceito constitucional, conferindo ao cônjuge relevante proteção, negada ao companheiro. Também não há, teleologicamente, qualquer justificativa para retirar-se o direito real de habitação do rol dos direitos sucessórios do companheiro, ainda mais diante da anterior correção, na década de 90, quando do advento da Lei 9.278/96. Concluindo, somos de opinião que persiste o direito real de habitação em favor do companheiro, nos mesmos moldes em que é ele conferido ao cônjuge sobrevivente.

Outra corrente entende que a lei 9278/96 não está revogada pelo fato do Código Civil de 2002 não a ter revogado expressamente, e nem com ela foi incompatível, sendo esse o entendimento de Oliveira (2009. p. 179).

O Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil estabelece que o direito real de habitação deva ser estendido ao companheiro, pelo fato da lei 9278/96 não ter sido revogada, bem como pela interpretação do artigo 1831 do código civil, conforme o enunciado abaixo:

Art. 1831: O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.

Assim, a doutrina majoritária entende pela aplicação do Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil para que o companheiro possa ter direito real de habitação.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

A análise do artigo 1790 do código civil de 2002 perante a doutrina nos mostrou a polêmica que esse dispositivo trouxe para sua aplicação ao caso concreto. Vamos fazer uma análise agora da jurisprudência para saber o que pensa o judiciário sobre esse artigo.

Analisando o caput do artigo supra, vemos que a jurisprudência é no sentido do companheiro somente participar da sucessão do outro nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, conforme diz o caput do dispositivo, sendo que os bens gratuitos, sendo eles adquiridos antes ou durante a união, não são objeto de divisão entre o companheiro e os outros herdeiros. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, através do acórdão número 850446, os Senhores Desembargadores da 5ª TURMA CÍVEL, Carlos Rodrigues - Relator, Ângelo Passareli - 1º Vogal, Maria de Lourdes Abreu – 2º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador Ângelo Passareli, proferem a seguinte decisão:

E M E N T A

CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA SUPÉRSTITE. MEAÇÃO E SUCESSÃO. ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL.

1. A companheira ou o companheiro participará na sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Portanto, o patrimônio adquirido pelo *de cujus* de forma não onerosa, não integra a massa de bens a ser partilhado com a companheira.

2. Recurso conhecido e desprovido.

Os nobres desembargadores ainda citam neste Acórdão (2015. p. 4) que são os entendimentos do STJ e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Território.

(...) Esse é o entendimento sufragado na jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal de Justiça, verbis:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. ARTS. 1.659, VI, E 1.790, II, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. DISTINÇÃO ENTRE HERANÇA E PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE CONJUGAL. PROPORÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA EM RELAÇÃO AO DO DESCENDENTE, EXCLUSIVO DO AUTOR DA HERANÇA.

1. Os arts. 1.659, VI, e o art. 1.790, II, ambos do Código Civil, referem-se a institutos diversos: o primeiro dirige-se ao regime de comunhão parcial de

bens no casamento, enquanto o segundo direciona-se à regulação dos direitos sucessórios, ressoando inequívoca a distinção entre os institutos da herança e da participação na sociedade conjugal.

2. Tratando-se de direito sucessório, incide o mandamento insculpido no art. 1.790, II, do Código Civil, razão pela qual a companheira concorre com o descendente exclusivo do autor da herança, que deve ser calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência, excetuando-se o recebido mediante doação ou herança. Por isso que lhe cabe a proporção de 1/3 do patrimônio (a metade da quota-parte destinada ao herdeiro).

3. Recurso especial parcialmente provido, acompanhando o voto do Relator. (REsp 887.990/PE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 23/11/2011);

CIVIL. PROCESSO CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MEAÇÃO E SUCESSÃO.

ART. 1790, CC. 1. Na forma do art. 1.970, do Código Civil de 2002, a companheira ou companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (...)."(Acórdão n.401826, 20030110353028APC, Relator: JESUINO RISSATO, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 13/01/2010, Publicado no DJE: 10/02/2010. p.: 43).

Lado outro, a alegação da agravante quanto à existência de dívidas também não merece guarida, visto que sequer restou discriminado em que consistiriam tais débitos, e, não é por demais ressaltar que existem outros bens que compõem o espólio e que podem responder junto aos supostos credores. Diante do exposto, não estando presentes, ao menos nesta análise preliminar, os requisitos exigidos pelo art. 558 do CPC, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO.

Comunique-se ao d. Juiz da causa para, inclusive, prestar informações. Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar contrarrazões ao recurso.

Publique-se.

Destarte, os bens adquiridos onerosamente durante a união estável vão ser divididos entre o companheiro e os herdeiros, no entanto o artigo 1725 do Código Civil aplica na união estável o regime da comunhão parcial de bens. Desse modo, o companheiro passa a ser herdeiro e meeiro. Assim sendo, quando o *de cujus* deixar bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, o sobrevivente será meeiro desses bens, por força do artigo 1725 do Código Civil, e ainda será herdeiro pelo fato do artigo 1790 do mesmo código excluí-lo dos bens não onerosos.

Nesse sentido, o acórdão número 869940 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, da 6ª Turma Civil, tendo como relator o desembargador Jair Soares, define bem o que foi exposto acima:

E M E N T A

Inventário. Companheira. Herança. Meação.

À companheira, excluída da sucessão dos bens particulares do companheiro, é assegurado o direito de herança sobre a meação dos bens deixados pelo companheiro falecido. Agravo provido em parte.

Em análise da decisão emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, temos a explicação do relator do acórdão número 1.0024.04.444699-5/002/0437115, o nobre desembargador Belizário de Lacerda, que bem define a condição de herdeiro e meeiro do companheiro sobrevivente, quando cita neste acórdão que não havendo bens particulares o companheiro supérstite não concorre com os descendentes, pois há apenas bens comuns. Assim, deverá existir apenas a meação, uma vez que para concorrer na herança, o *de cujus* deveria ter deixado bens particulares e bens comuns.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DAS SUCESSÕES - INVENTÁRIO - COMPANHEIRA SOBREVIVENTE - UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA JUDICIALMENTE - CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA COM OS DESCENDENTES - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO À MEAÇÃO - OBSERVÂNCIA - INTERPRETAÇÃO ISOLADA DO ART. 1.790 DO CC/02 - VEDAÇÃO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ART. 226, PARÁGRAFO 3º DA CRFB - RECURSO DESPROVIDO "IN SPECIE".

- O companheiro sobrevivente não concorre com os descendentes se não há bens particulares do "*de cujus*", portanto terá meação em face de todos eles não havendo necessidade de ser duplamente beneficiado com meação e herança.

- A interpretação isolada do art. 1.790 do CC/02 e a sua aplicação irrestrita levaria à concessão de tratamento privilegiado ao companheiro sobrevivente em prejuízo dos herdeiros e ensejando a violação do princípio da isonomia contido no art. 226, parágrafo 3º, da CRFB.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0024.04.444699-5/002 – COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): ADRIANA FERREIRA - AGRAVADO(A)(S): JULIANA DA VEIGA RODRIGUES – INTERESSADO: MARCELO ELIAS RODRIGUES.

A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em

NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Belo horizonte, 10 de junho de 2014.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

PRESIDENTE E RELATOR.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA (PRESIDENTE E RELATOR)

4.1 Concorrência com os descendentes do *de cujus*

O artigo 1790 do Código Civil trouxe a sucessão do companheiro, sendo que nos incisos I e II apresenta a concorrência do companheiro com os descendentes, sendo eles comuns ou exclusivo do *de cujus*. Este artigo está sendo discutido pela doutrina e pela jurisprudência, tendo muitos doutrinadores e magistrados divergido sobre a constitucionalidade deste dispositivo. Nos diversos tribunais espalhados pelos rincões deste país, há entendimentos em julgados que o artigo é inconstitucional, outros decidem pela constitucionalidade. A tese da inconstitucionalidade ou constitucionalidade está debatida em capítulo à parte com os argumentos pró ou contra.

Do que se pode observar com relação à sucessão do companheiro com os descendentes do *de cujus* é que os tribunais estão divergentes, e há aqueles que julgam pela aplicação dos incisos I e II do artigo 1790 do Código Civil. Existem tribunais que aderem à tese da inconstitucionalidade de todo o artigo, julgando pela aplicação do artigo 1829 do mesmo código, dando ao companheiro o mesmo direito que o cônjuge.

Como fundamento pela aplicação do artigo 1790 tem-se que o casamento e a união estável são institutos distintos. Nesse sentido, o desembargador Ângelo Canducci Passarelli, relator do acórdão número 782.495, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cita abaixo:

Como referido alhures, o casamento e a união estável são entidades familiares constitucionalmente previstas (§§ 1º, 2º, 3º e 6º do art. 226), porém, distintas. O casamento constitui-se numa união solene, formal, ao passo que a união estável é uma situação fática, embora reconhecida constitucionalmente, que dispensa qualquer formalidade. Logo, por serem uniões distintas, seus efeitos também são diferentes. Prova disso é que a própria Carta Constitucional determina que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Em razão da distinção aludida, não se vislumbra violação ao princípio da isonomia ao se conceder tratamento diferenciado à sucessão ocorrida entre companheiros daquela que se dá entre cônjuges.

E ainda continua no acórdão:

...No entanto, o legislador ordinário não equiparou as sucessões do cônjuge e do companheiro, não se podendo invocar, para vindicar a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e a aplicação, por analogia, das regras de sucessão dos cônjuges, a existência de projeto de

lei que tem por finalidade a revogação do dispositivo mencionado, até porque de lei ainda não se trata. Como se mencionou linhas acima, meação e sucessão não se confundem. Aquela decorre do direito de família, do regime de bens, e, relativamente à união estável, prevalece que, à míngua de pactuação escrita dos companheiros em sentido diverso, aplicam-se as normas do regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o qual se presume que os bens adquiridos onerosamente durante a união de fato demandaram esforços comuns dos companheiros.

No mesmo sentido, pela aplicação dos incisos I e II do artigo supra, tendo o companheiro a quota equivalente a que for atribuída ao filho comum e metade da que couber ao filho exclusivo do autor da herança, cita-se abaixo como exemplo o agravo de instrumento nº 2161694-56.2014.8.26.0000, da comarca de São Paulo, cujo relator foi o desembargador Carlos Alberto Garbi:

EMENTA

INVENTÁRIO. DECISÃO QUE DETERMINOU QUANTO AO DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA A APLICAÇÃO DA REGRA DISPOSTA NO ART. 1790, II, DO CÓDIGO CIVIL. INSUURGÊNCIA DA AGRAVANTE. PRETENSÃO À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1790, DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL.

1. Em razão do falecimento do companheiro, ajuizou-se ação de inventário para partilha de bens, requerendo a agravante o reconhecimento do seu direito sucessório em concorrência com os descendentes do *de cujus* no tocante aos bens adquiridos a título gratuito, afastada a aplicação do art. 1790, II, do CC.

2. A constitucionalidade do art. 1.790 do CC já foi reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo e deve prevalecer. Em razão da cláusula constitucional de reserva e da súmula vinculante nesse sentido, somente o Tribunal Pleno pode declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em referência, de modo que, já decidido em sentido contrário pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo, não se admite solução diferente, cumprindo ao órgão de jurisdição fracionário de segundo grau aplicar a norma declarada constitucional.

3. Portanto, tendo o *de cujus* deixado herdeiros (descendentes), cabe à agravante apenas metade da herança que couber a cada um deles no que diz TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Agravo de Instrumento nº 2161694-56.2014.8.26.0000 – [voto nº 17608] LFIA – Página 3/8 respeito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, além do direito à meação sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Decisão mantida. Recurso não provido.

No inciso II deve-se verificar que a metade cabida ao companheiro será aquela que couber aos descendentes do *de cujus* e não a soma de todas as metades. Ressalva-se que os bens destinados à concorrência serão os adquiridos onerosamente durante a constância da união estável e não todos os bens do *de cujus*.

Em sentido contrário, temos como exemplo o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, através da Apelação Cível 0909/2010, que julga inconstitucional o artigo 1790 do Código Civil, julgando também pela aplicação do artigo 1829, inciso III. A ementa relativa a este acórdão consta no subcapítulo 4.4 deste estudo.

4.2 Concorrência com a filiação híbrida

Este tema foi omissa na legislação que trata sobre a sucessão do companheiro, tendo a doutrina e o judiciário divergido sobre como aplicar a partilha dos bens aos herdeiros comuns e exclusivos do autor com o companheiro supérstite.

Sobre a filiação híbrida a doutrina divide-se em várias teses, sendo três as principais: a aplicação do inciso I do artigo 1790 do Código Civil, a aplicação do inciso II do mesmo dispositivo, bem como uma conta matemática para tentar solucionar o problema.

Em pesquisa nos tribunais foi verificado que a jurisprudência está dividida, tendo tribunais que optam pela aplicação do inciso I – quota igual a que for atribuída ao filho comum, dando maior direito ao companheiro pelo fato deste ter passado os últimos dias com o *de cujus*. Divergindo deste pensamento, outros tribunais aplicam o inciso II – a concorrência do companheiro com os descendentes só do autor da herança, ocasião em que aquele tocará a metade que couber a cada um destes, com justificativa no artigo 227, parágrafo 6^a da Constituição Federal de 1988, em que os filhos sejam eles comuns ou não, terão a isonomia em seus direitos. Em que pese a companheira herdar menos que os filhos, a sucessão é do *de cujus*. Como a companheira tem direito a meação, ela não ficará desamparada.

Os julgados abaixo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios mostram como os doutos pensam divergentemente sobre a aplicação da norma, no caso de sucessão do companheiro concorrendo com a filiação híbrida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. APLICABILIDADE DO ARTIGO 1.790, DO CÓDIGO CIVIL. Órgão Especial desta Corte que decidiu pela constitucionalidade do dispositivo. Companheiro sobrevivente, além da meação, concorrerá com os

descendentes, ascendentes e demais partes sucessíveis, quanto aos bens adquiridos onerosamente, na constância da união estável havida com o *de cujus*. CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO. FILIAÇÃO HÍBRIDA. Hipótese não prevista em lei. Aplicação do inciso II, do artigo 1.790, do Código Civil. Preservação da igualdade entre os filhos. Observância do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal. Negado provimento ao recurso.

(TJ-SP, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 28/11/2014, 5ª Câmara de Direito Privado)".

"CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - UNIÃO ESTÁVEL - SUCESSÃO - CONCORRÊNCIA DA COMPANHEIRA COM FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS DO AUTOR DA HERANÇA - APLICAÇÃO DO ART. 1790, I, CC 1. Predomina na doutrina o entendimento de que, diante da lacuna da lei quanto à hipótese de concorrência entre a companheira, herdeiros comuns e herdeiros apenas do autor da herança, a melhor solução é dividir de forma igualitária os quinhões hereditários entre o companheiro sobrevivente e todos os filhos. 2. Negou-se provimento ao agravo do ministério público do distrito federal.

(TJ-DF - AI: 127147420108070000 DF 0012714-74.2010.807.0000, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 20/10/2010, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 10/11/2010, DJ-e p. 82)".

4.3 Concorrência com outros parentes sucessíveis

Em pesquisa à jurisprudência, verificou-se que este tema é bastante polêmico, não havendo consenso entre os magistrados. A matéria ainda não foi pacificada, tendo julgados que se posicionam pela inconstitucionalidade, outros pela constitucionalidade do inciso III do artigo 1790 do Código Civil.

A matéria já chegou ao Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 878.694 - Minas Gerais, tendo o Ministro Roberto Barroso arguido repercussão geral.

As teses da inconstitucionalidade ou não estão em capítulo próprio, no entanto, sucintamente relata-se alguns dos entendimentos dos magistrados quanto ao tema.

O Superior Tribunal de Justiça, através do julgado AI no Recurso Especial Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5), cujo relator foi o Ministro Luís Felipe Salomão, julgou pela inconstitucionalidade dos Inciso III e IV do artigo 1790 do Código civil. Em seu voto o ministro cita que a doutrina utiliza três linhas de pensamento para considerar o artigo inconstitucional:

- a) A Constituição Federal não diferenciou as famílias havidas a partir do casamento daquelas cuja matriz é a união estável; a possibilidade de conversão da união estável em casamento não permite ao legislador

conferir menos direitos à primeira; ambas as formas de família possuem a mesma dignidade constitucional.

b) Ainda que pudesse o legislador infraconstitucional tratar de forma diferenciada a sucessão do companheiro comparativamente com a sucessão do cônjuge, o art. 1.790 do CC ofenderia a dignidade da pessoa humana, ao permitir a concorrência de parentes distantes do *de cujus* com o companheiro sobrevivente, junto de quem construiu o patrimônio a ser partilhado; violaria o direito fundamental à herança e, além do mais, a diferenciação por que optou o legislador ofenderia os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

c) Tendo em vista que a Lei n. 8.971/94 previu a concorrência do companheiro somente com descendentes e ascendentes do *de cujus* ("na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança", art. 2º, inciso III, da Lei), silenciando quanto ao tema a Lei n. 9.278/96, as disposições do art. 1.790 violariam o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, princípio amplamente sufragado pela doutrina constitucionalista, doméstica e estrangeira.

No mesmo entendimento da inconstitucionalidade do inciso III, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através do acórdão 0355580, julgou pela isonomia de tratamento entre o companheiro e o cônjuge, com fulcro no artigo 226, parágrafo 3º, e concedeu ao companheiro o direito de herdar sem concorrer com os parentes sucessíveis, aplicando-se assim o artigo 1838.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO. EXCLUSÃO DOS PARENTES COLATERAIS NO INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL EQUIPARADA A CASAMENTO. COMPANHEIRO SUPÉRSTITE COMO ÚNICO HERDEIRO. PREVALÊNCIA DA REGRA DO CASAMENTO SOBRE O ARTIGO 1.790, INCISO III, CC. RECURSO PROVIDO.

A União Estável e o Casamento, além de serem equiparados constitucionalmente, se identificam quanto ao objetivo que lhes é comum, qual seja, constituir família com vínculos de afetividade, solidariedade e respeito. Tendo em vista tal similitude, seus efeitos e direitos devem ser equiparados também no que tange a sucessão. Assim como no casamento, o companheiro supérstite não concorre com os parentes colaterais, sendo o único herdeiro, em caso de sucessão legítima.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0024.10.058991-0/001 – COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): WANDERLEY ORIAS DA ROCHA - AGRAVADO(A)(S): ZILÁ SEABRA DA COSTA, CORINA SEABRA VIEIRA E OUTRO(A)(S), MODESTO SEABRA DA COSTA.

Há entendimento pela inconstitucionalidade do referido inciso pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do julgado AI. n. 2079244-22.2015.8.26.0000, apesar do mesmo egrégio entender pela constitucionalização do artigo 1790, porém, quanto a este inciso existe entendimento contrário. No Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, nos julgados Agravo de Instrumento nº. 0026667-

33.2014.8.19.0000 e Agravo de Instrumento nº 0014000-78.2015.8.19.0000, entende-se pela inconstitucionalidade.

O Tribunal do Rio Grande do Sul, por meio dos julgados Agravo de Instrumento nº 70063807861 Agravo de Instrumento nº 70055608160 Agravo de Instrumento nº 70049005564 Agravo de Instrumento nº 70039344718 e Agravo de Instrumento nº 70052062692, reconhece-se a constitucionalidade do inciso III, bem como de todo o artigo 1790 do Código Civil, aplicando-se a concorrência do companheiro com os parentes sucessíveis no direito à sucessão.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Sucessões. Quinhão hereditário do companheiro. Incidência do inciso III do art. 1790 do código civil. Arguição de inconstitucionalidade afastada. Força vinculante da decisão do órgão especial.

1. A constitucionalidade do inciso III do art. 1790 do Código Civil, reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal, vincula os órgãos fracionários, que somente por motivo relevante, inócurre no caso em tela, podem suscitar novo incidente, respeitando a reserva de plenário.

2. Embora sejam ambas entidades familiares, casamento e união estável são figuras jurídicas diferentes, distinção essa feita pela própria Constituição ao proclamar 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* (art. 226, §3º). Ora, se o Constituinte não os considerasse figuras jurídicas diversas, não haveria de estabelecer facilidade para conversão de um instituto em outro.

3. Aplicável, na sucessão dos companheiros, a regra do inciso III do art. 1790 do Código Civil, que estabelece em favor do companheiro o direito à herança sobre a terça parte dos bens do falecido, adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

POR MAIORIA NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

Destarte, as divergências entre os tribunais serão em breve analisadas pelo STF, pois este ainda não julgou nenhum caso, no entanto, conforme citado anteriormente, a matéria já foi arguida como repercussão geral pelo ministro Luís Roberto Barroso.

4.4 Concorrência entre o companheiro ou companheira com o estado

Outra polêmica trazida pelo artigo retromencionado foi o seu inciso IV, cuja redação não está clara, uma vez que o companheiro terá direito à totalidade da herança na falta de parentes sucessíveis. Fica a pergunta: Qual é a herança? Fazendo-se uma análise do caput, vemos que a herança serão os bens adquiridos

onerosamente pelo companheiro na constância da união estável. Entretanto, fazendo-se uma análise do inciso IV separado do caput, vemos que a herança será a totalidade dos bens, sejam eles onerosos ou não.

A jurisprudência está se consolidando no sentido de o companheiro herdar a totalidade da herança e não os bens adquiridos onerosamente durante a união.

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS. PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO QUE SE LIMITA AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. ART. 1.790, CAPUT, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. Em consonância com o art. 1.790, caput, do Novo Código Civil - regra cuja constitucionalidade restou reconhecida nesta Corte pelo Órgão Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade n. 70055441331, julgada em 24.02.2014 - a participação do companheiro sobrevivente na sucessão do outro se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, salvo quando não há outros parentes sucessíveis, hipótese na qual herdaria a totalidade da herança, com amparo no inc. IV do art. 1.790 do CCB. Não é o caso aqui, porém, na medida em que a falecida deixou irmãos, que são seus sucessores, incidindo, assim, o inc. III do art. 1.790 do CCB, ficando o direito sucessório do companheiro restrito ao conjunto de bens adquiridos onerosamente no curso da união estável. Nesse contexto, o reconhecimento da união estável havida entre o demandante e sua falecida companheira não é causa bastante para a anulação da partilha dos bens deixados pelos genitores da extinta - os quais couberam aos irmãos desta -, considerando que o patrimônio transmitido à falecida companheira pela saisine, oriundo da herança de seus pais, constitui bem particular que se exclui da comunhão (art. 1.659, inc. I, do Código Civil, aplicável à união... estável por força do art. 1.725). Ora, cuidando-se de patrimônio recebido por herança - ou seja, não adquirido pela extinta de forma onerosa na constância da união estável -, não há falar, no caso, em direito do autor de participar da partilha. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70064520711, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015).

(TJ-RS - AC: 70064520711 RS. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 16/07/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/07/2015).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, após interpretação deste inciso, considerou inconstitucional todo o artigo, relatando que o inciso está atrelado ao caput, tendo o companheiro somente direito à herança dos bens adquiridos onerosamente, sendo que o restante será a herança jacente, que irá para o Estado. Assim, o artigo é inconstitucional. Através do Agravo de Instrumento nº. 0026667-33.2014.8.19.0000, tendo como relatora a desembargadora Odete Knaack de Souza, decidiu-se pela isonomia de tratamento entre o companheiro e o cônjuge, sendo que aquele receberá na falta de ascendentes ou descendentes a totalidade da herança.

ACÓRDÃO

Agravo de Instrumento. Sucessão aberta após a entrada em vigor do código civil de 2002. art. 1790, III e IV. Inconstitucionalidade Incidental declarada pelo E. Órgão Especial (Arguição de Inconstitucionalidade 0032655-40.2011.8.19.000), que se refere tanto à concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis, como quanto à limitação da herança somente aos bens onerosos adquiridos na constância da união estável. Violação ao princípio da isonomia estabelecida entre cônjuges e companheiros. art. 226, § 3º, da CRFB/88. Violação ao princípio do não retrocesso. Lei 8.971/94, art. 2º, III, da lei (“na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”). Lei 9.278/96 silenciando sobre o tema. Violação ao princípio da dignidade. Inconstitucionalidade reconhecida. Art. 481, parágrafo 1º, CPC. Recurso provido.

O STJ sinalizou pela inconstitucionalidade do inciso IV, através do AI no Recurso Especial Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5).

No sentido da herança ser toda do companheiro na falta de parentes sucessíveis está o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul.

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS. PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO QUE SE LIMITA AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. ART. 1.790, CAPUT, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. Em consonância com o art. 1.790, caput, do Novo Código Civil - regra cuja constitucionalidade restou reconhecida nesta Corte pelo Órgão Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade n. 70055441331, julgada em 24.02.2014 - a participação do companheiro sobrevivente na sucessão do outro se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, salvo quando não há outros parentes sucessíveis, hipótese na qual herdaria a totalidade da herança, com amparo no inc. IV do art. 1.790 do CCB. Não é o caso aqui, porém, na medida em que a falecida deixou irmãos, que são seus sucessores, incidindo, assim, o inc. III do art. 1.790 do CCB, ficando o direito sucessório do companheiro restrito ao conjunto de bens adquiridos onerosamente no curso da união estável. Nesse contexto, o reconhecimento da união estável havida entre o demandante e sua falecida companheira não é causa bastante para a anulação da partilha dos bens deixados pelos genitores da extinta - os quais couberam aos irmãos desta -, considerando que o patrimônio transmitido à falecida companheira pela saisine, oriundo da herança de seus pais, constitui bem particular que se exclui da comunhão (art. 1.659, inc. I, do Código Civil, aplicável à união... estável por força do art. 1.725). Ora, cuidando-se de patrimônio recebido por herança - ou seja, não adquirido pela extinta de forma onerosa na constância da união estável -, não há falar, no caso, em direito do autor de participar da partilha. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70064520711, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015).

(TJ-RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 16/07/2015, Oitava Câmara Cível).

Isto posto, a jurisprudência está no sentido de o companheiro ser o herdeiro de toda a herança na falta de ascendentes, descendentes e parentes sucessíveis. Ademais, o Estado não é herdeiro, portanto não pode concorrer à sucessão quando há herdeiros necessários.

4.5 A (in)constitucionalidade do artigo 1790 do código civil de 2002

Em pesquisa à jurisprudência pode-se observar que o artigo 1790 do Código Civil trouxe divergência no judiciário, uma vez que a matéria é polêmica. Existem decisões quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de parte do artigo. O caso somente vai ser decidido quando houver uma decisão do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à corrente que alega a constitucionalidade verifica-se que o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal diferenciou o casamento da união estável e ainda facilitou a conversão do segundo para o primeiro. “Art. 226, § 3º - para efeitos de 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”.

Desse modo, não há que se falar que as duas espécies do gênero família são iguais. Da leitura do dispositivo vemos que o casamento é algo de maior relevância do que a união estável, pois se não o fosse não haveria a necessidade da lei facilitar a sua conversão ao casamento. Ao tratar da sucessão do cônjuge e do companheiro, o Código Civil o fez de modo distinto, uma vez que são institutos distintos, sendo que a sucessão do cônjuge está prevista no artigo 1829, e a sucessão do companheiro está prevista no artigo 1790. O artigo 1845 do mesmo dispositivo trata o cônjuge como herdeiro necessário, silenciando-se quanto a esse tratamento para o companheiro.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou procedente a constitucionalidade do artigo 1790 do código civil. Agravo de Instrumento-CV Nº 1.0261.13.004212-8/001(2015. p. 1).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DAS SUCESSÕES - UNIÃO ESTÁVEL - ART. 1.790, CÓDIGO CIVIL – CONSTITUCIONALIDADE.

1 - A opção do legislador em dispensar tratamento díspar para regular a sucessão do companheiro, que está prevista no art. 1.790, CC, não viola a Constituição da República.

2 - Recurso provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0261.13.004212-8/001 – COMARCA DE FORMIGA - AGRAVANTE(S): RAFAEL DA COSTA GUIMARÃES E OUTRO(A)(S), FRANCISCO DE CASTRO GUIMARÃES, GABRIEL DA COSTA GUIMARÃES - AGRAVADO(A)(S): MARIA APARECIDA PEREIRA.

A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. JAIR VARÃO

RELATOR.

DES. JAIR VARÃO (RELATOR).

No mesmo caminho o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou constitucional o artigo 1790 do Código Civil. Agravo de Instrumento nº 2144323-79.2014.8.26.0000 (2014. p. 2).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. APLICABILIDADE DO ARTIGO 1.790, DO CÓDIGO CIVIL. Órgão Especial desta Corte que decidiu pela constitucionalidade do dispositivo. Companheiro sobrevivente, além da meação, concorrerá com os descendentes, ascendentes e demais partes sucessíveis, quanto aos bens adquiridos onerosamente, na constância da união estável havida com o *de cujus*. CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO. FILIAÇÃO HÍBRIDA. Hipótese não prevista em lei. Aplicação do inciso II, do artigo 1.790, do Código Civil. Preservação da igualdade entre os filhos. Observância do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal. Negado provimento ao recurso.

O STJ manifestou pela constitucionalidade do artigo na decisão do Agravo em Recurso Especial Nº 527.745 - SP (2014/0123431-7).

Quanto à decisão que alega a inconstitucionalidade embasa-se também no artigo 226 da Constituição Federal, ao alegar que o casamento e a união estável foram igualados pela Constituição Federal, ferindo-se assim os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, através da Apelação Cível 0909/2010 (2011. p. 1), julga inconstitucional o artigo e aplica ao companheiro o que dispõe o artigo 1829 do Código Civil.

Ementa: Constitucional e Civil - Ação Declaratória - União Estável – Direito Sucessório do Companheiro - Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010 - Art. 1.790 do Código Civil de 2002 - Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana - Art. 226, § 3º da CF/1988 -

Equiparação entre Companheiro e Cônjuge - Violação - Inconstitucionalidade Declarada - Aplicação dos Arts. 1.829, III e 1.838 do CC/2002 - Direito de a Companheira Herdar a Integralidade dos Bens do Falecido na Ausência de Ascendentes e Descendentes - Sentença Mantida. I - Verificando que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre o direito sucessório do companheiro sobrevivente, ignora a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, § 3º da CF, configurada está a ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil de 2002 através do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0008/2010, a questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido deve ser regida pelas regras atinentes à sucessão entre os cônjuges, conforme dispõem os arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil de 2002; III - Recurso conhecido e desprovido.

A decisão que alega que parte do artigo 1790 do Código Civil é inconstitucional afirma que o inciso III fere a Constituição Federal. Há isonomia entre as famílias, sendo que os colaterais não podem concorrer com o companheiro, uma vez que o artigo 1829, inciso III, dá ao cônjuge o benefício de estar na frente dos colaterais no direito à sucessão. Nesse sentido temos o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A C Ó R D Ã O

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. EXCLUSÃO DOS COLATERAIS DO INVENTARIADO DA SUCESSÃO. RECONHECIMENTO DA COMPANHEIRA COMO ÚNICA HERDEIRA DO FALECIDO. AUSÊNCIA DE DESCENDENTE E ASCENDENTE. DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, III DO CC PELO ÓRGÃO ESPECIAL, EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. Não há preclusão *pro iudicato* quanto a disciplina da ordem de sucessão. Norma de natureza cogente que não pode ser alterada pela vontade das partes. Declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, pelo Órgão Especial deste Tribunal, do art. 1.790, III do CC que estabelece concorrência entre o companheiro sobrevivente e os parentes sucessíveis do autor da herança. Violação à isonomia entre as entidades familiares estabelecida pela Constituição Federal. Reconhecimento da união estável entre o autor da herança e a agravada. Aplicação das regras dos artigos 1.829 e 1.838 do CC para se deferir a sucessão à agravante, em razão da inexistência de descendentes ou ascendentes. Manutenção da decisão que exclui as irmãs do autor da herança e habilitou como herdeira universal a companheira reconhecida por sentença judicial. Desprovisionamento dos pedidos subsidiários. Conhecimento e desprovisionamento do recurso.

Nesse sentido o STJ considerou inconstitucional os incisos III e IV do artigo 1790 do Código Civil, conforme consta abaixo.

AI no REsp 1135354 / PB ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO ESPECIAL 2009/0160051-5.

Ementa

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS.

Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.

As decisões nos Tribunais de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul caminham para a constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, sendo que os tribunais do Rio de Janeiro, Paraná e Sergipe caminham para a inconstitucionalidade.

O caso está no STF, onde será analisado, tendo o ministro Luís Roberto Barroso, Relator do Recurso Extraordinário (RE) 878694, reconhecido repercussão geral do tema.

4.6 Direito real de habitação dos companheiros

O Código Civil não tratou do direito real de habitação do companheiro, sendo que a jurisprudência é pacífica no sentido de haver tal benefício ao sobrevivente. Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, caput, concede direito fundamental à moradia. O entendimento jurisprudencial é no sentido da não revogação do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9278/96, que concede direito real de habitação ao convivente sobrevivente. Nesse sentido, o acórdão de apelação cível número 0203473-22.2011.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da Quinta Câmara Cível de Apelação, tendo como relatora a desembargadora Cristina Tereza Gaulia apresenta esta linha de raciocínio.

Ementa: Apelações Cíveis. Pretensões de nulidade da escritura pública de inventário e partilha e de reconhecimento de direito real de habitação. Ilegitimidade passiva do espólio. Abertura da sucessão que determina a transferência do patrimônio deixado pelo falecido de forma indivisa aos herdeiros. Espólio que titulariza as relações civis deixadas pelo falecido até que com a partilha se ultime a especificação do quinhão que cabe a cada herdeiro. Escritura pública de inventário extrajudicial que defere a partilha dos bens. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade (inteligência dos arts. 330, I c/c 130 CPC). Validade da escritura pública. Documento oficial. Manifestação de vontade perante delegatário estatal. Autora que não comprova suas alegações de vício ou suspeição prejudicial da advogada que a representou. Advogada que pode assistir a ambas as partes em inventário extrajudicial na forma do art. 982 CPC. Direito real de habitação.

Legitimidade da pretensão pelos companheiros. Omissão do Código Civil de 2002 que não obsta a aplicação art. 7º parágrafo único da Lei 9278/96. Precedentes do STJ. Requisitos legais do art. 1831 CC. Autora que comprova ter residido com o companheiro falecido no imóvel objeto do litígio nos últimos anos de vida daquele. Casal que coabitou no imóvel por 27 anos ininterruptos, estando a autora atualmente com 72 anos. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana mormente em se tratando de pessoa idosa sobre os interesses do único herdeiro, este que recebeu patrimônio composto de oito imóveis em área nobre do Rio de Janeiro e uma fazenda no Estado de Minas Gerais. Precedentes do STJ. Comprovação dos requisitos legais para configuração do pleiteado direito real de habitação. Desprovimento dos recursos”.

A desembargadora embasa nos autos do acórdão de apelação cível (2015. p. 6) citado acima, o entendimento do STJ na não revogação do parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9278/96.

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., 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.

REsp 1156744 / MG - Ministro MARCO BUZZI - QUARTA TURMA - DJe 18/10/2012 -”.

Existem entendimentos jurisprudenciais na aplicação do artigo 1831 do código civil ao companheiro supérstite por analogia ao direito real de habitação concedido ao cônjuge neste artigo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM C/C PARTILHA DE BENS COM PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - PRESENÇA DOS REQUISITOS.

- Nos termos do art. 273, caput, do Código de Processo Civil, para se deferir o pedido de antecipação de tutela, faz-se necessária a existência de prova inequívoca dos fatos a convencer da verossimilhança das alegações, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

- Seja pela regra contida na Lei nº 9.278/96, ou pela analogia ao interpretar o art. 1.831, do Código Civil, o direito de habitação deve ser assegurado e estendido ao companheiro.

- Verificado nos autos a presença dos requisitos, deve ser concedida a antecipação de tutela, para que a parte tenha resguardado, ainda que provisoriamente, o direito real de habitação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0702.12.038901-1/001 – COMARCA DE UBERLÂNDIA - AGRAVANTE(S): G.C. - AGRAVADO(A)(S): G.p.p. E OUTRO(A)(S), H.p.p.

A C Ó R D Ã O

(SEGredo DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

RELATOR.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES (RELATOR)

V O T O.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou fazer uma análise da sucessão do companheiro em face do atual Código Civil, sendo estudado o caput e os incisos do artigo 1790.

Ao analisar a doutrina, foi visto que há pensamentos divergentes sobre o tema, nos quais muitos autores se filiam à corrente da inconstitucionalidade do artigo e outros pela constitucionalidade. Existem aqueles que dizem que parte do artigo é constitucional e parte não. A cada inciso pesquisado, percebe-se que os doutrinadores divergem quanto a sua aplicabilidade, sendo alguns a favor do companheiro supérstite, e outros a favor dos demais herdeiros, como os descendentes, ascendentes, colaterais e até o Estado.

Ao analisar a jurisprudência, foi visto que o tema continua sendo divergente, tendo juízes que se posicionam de uma forma, e o próprio tribunal se posiciona de outra. Esta divergência abrange vários estados.

Verificando a jurisprudência em vários estados do Brasil, percebe-se que cada Tribunal de Justiça analisa a sucessão do companheiro de uma maneira. Os estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais estão na linha de pensamento da constitucionalidade do artigo. Já os estados do Rio de Janeiro, Sergipe e Paraná estão na linha da inconstitucionalidade do artigo.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema, no entanto o tema ainda continua polêmico.

O assunto acaba de chegar ao Supremo Tribunal Federal, onde o ministro Luís Roberto Barroso reconheceu repercussão geral do tema. Em breve teremos uma decisão sobre o assunto que vá por uma regra para a sucessão do companheiro, para que todos os Tribunais de Justiça possam decidir de maneira uniforme.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Código civil comentado. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII, p. 217.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito civil: Família. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AVELAR, Karen Hellen Esteves de. Sucessão do cônjuge e do companheiro: análise sistemática na perspectiva civil-constitucional . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19594>>. Acesso em: 4 ago. 2015.

BRASIL, Código Civil de 2002.

_____. Constituição federal de 1988.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2161694-56.2014.8.26.0000. Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi. São Paulo: 28 de outubro de 2014. Disponível em: http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados_buscaInteiroTeo. Acesso em: 07Ago.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1156744 / MG. Ministro Marco Buzzi. Brasília 18 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 27Jul.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 887.990/PE. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília 24 de maio de 201. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília 24 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10mar.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Território. Agravo de Instrumento N. Processo: 20140020298660AGI (0030419-46.2014.8.07.0000). Relator Desembargador Carlos Rodrigues. Brasília, 05 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Território. Agravo de Instrumento N. Processo: 20150020079943AGI (0008082-29.2015.8.07.0000). Relator Desembargador Jair Soares. Brasília (DF), 27 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Território. Acórdão n.401826, 20030110353028APC. Relator: Jesuino Rissato. Brasília 13 de Janeiro de 2010. Disponível em: <<http://http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Território. Agravo de instrumento número 127147420108070000. Relator: Sérgio Rocha. Brasília 20 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão número 782.495. Relator Desembargador Angelo Canducci Passareli. Brasília (DF), 30 de abril de 2014. Disponível em: <http://http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento N. Processo: 1.0024.04.444699-5/002 / 0437115. Relator Desembargador Belizário de Lacerda. Belo Horizonte, 10 de junho de 2014. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento CV Nº 1.0702.12.038901-1/00. Relator Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. Belo Horizonte 18 de Julho de 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 03Ago.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento CV Nº 1.0024.10.058991-0/001. Relator Armando Freire. Belo Horizonte 18 de Agosto de 2014. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12mar.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento CV Nº 1.0261.13.004212-8/001. Relator Desembargador Jair Varão. Belo Horizonte, 29 de Janeiro de 2015. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12Mar.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0024.07.587262-2/001. Relatora Desembargadora Ana Paula Caixeta. Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2144323-79.2014.8.26.0000. Relator: Fábio Podestá. São Paulo: 28 de Novembro de 2014. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeo>. Acesso em: 07Ago.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Al. n. 2079244-22.2015.8.26.0000. Relator Hamid Bdine. São Paulo 14 de Maio de 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeo>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2144323-79.2014.8.26.0000. Relator Desembargador Fábio Podestá. São Paulo, 28 de novembro de 2014. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeo>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Cível 0909/2010. Relatora Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Aracaju/SE, 07 de Junho de 2011. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial>. Acesso em: 12Mar.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível número 0203473-22.2011.8.19.0001. Relatora a Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Rio de Janeiro, 02 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>. Acesso em: 27Jul.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0014000-78.2015.8.19.0000. Relator Desembargador Rogério de Oliveira Souza. Rio de Janeiro, 02 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>. Acesso em: 29Jul.2015.

_____. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº. 0026667-33.2014.8.19.0000. Relatora Desembargadora Odete Knaack De Souza. Rio de Janeiro 11 de Novembro de 2014. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?>

MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1. Acesso em: 28Jul.2015.

_____. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0014000-78.2015.8.19.0000. Relator Desembargador Rogério de Oliveira SOUZA. Rio de Janeiro 12 de Maio de 2015. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>. Acesso em: 28Jul.2015.

_____. Tribunal do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70063807861. Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 06 de março de 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeo>. Acesso em: 28Jul.2015.

_____. Tribunal do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70039344718. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 25 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeo>. Acesso em: 28Jul.2015.

BRASIL. Tribunal do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70055608160. Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 18 de julho de 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeo>. Acesso em: 28Jul.2015.

_____. Tribunal do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70049005564. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 09 de Agosto de 2012. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeo>. Acesso em: 28Jul.2015.

_____. Tribunal do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70052062692. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 07/fev./2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeo>. Acesso em: 27Jul.2015.

_____. Tribunal do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70064520711. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 16 de Julho de 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeo>. Acesso em: 28Jul.2015.

CARVALHO, Dimas Messias; CARVALHO, Dimas Daniel. Direito das Sucessões. 3. ed. 2011.

CATEB, Salomão de Araujo. Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família, sucessões. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, v. 5. rev. e atual.

Enunciado 117 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro e 2002.

FIUZA, César. Direito civil: Curso completo. 14 ed. Revista, atualizada e ampliada; Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GANGLIANO, Pablo Stolze e PLAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de direito Civil. v. 7; Direito das Sucessões. 2. ed. Revizada e atualizada; São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. vol. 7: direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOUVÊA, Ana Carolina de Carvalho Lopes. A Sucessão do Companheiro. Trabalho de conclusão de curso de pós- Graduação apresentado à Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2009.

Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

LEXMAX: Revista do advogado da Paraíba. João Pessoa - OAB/PB, ano 1, volume 2, 2015. P 1-190.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 5 : direito de família e sucessões 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de Herança: a nova ordem da sucessão – 2. ed. São Paulo, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra Instituições de Direito Civil, volume VI – Direito das Sucessões – Obra Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 22. ed. Forense. Companhia Editora Forense, 2015.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito civil sistematizado. rev., atual. e ampl.; 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão. cit., p. 218-219
Revista da EMERJ, v. 13, nº 52, 2010.

Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense - v. 1 - jan./dez. 2013

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p.248-249.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único / 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: Direito de família e o novo Código Civil. Coords. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam. 2003.

VENOSA, Sílvio Salvo. Direito civil: Direito das sucessões. 14. ed. 2014.

WALD, Arnaldo. Direito civil : direito das sucessões, v. 6; 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Direito civil - Brasil 2. Direito das sucessões 3. Direito das sucessões - Brasil I. Título.