

Coleção Experiência Acadêmica

DEBATES CONTEMPORÂNEOS SOBRE DIREITO DAS SUCESSÕES

Claudia Gay Barbedo
Organizadora



Editora UniRitter
Laureate International Universities

A (NÃO)CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE COM OS COLATERAIS

Claudia Gay Barbedo¹

Natália de Oliveira Abrunhosa²

1. Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro ainda persiste a discussão sobre os tratamentos diferenciados destinados ao casamento e à união estável. Ainda que exista um movimento por parte dos aplicadores do direito no sentido de dirimir as diferenças entre os institutos do casamento e da união estável, do ponto de vista legislativo, tal tentativa vem deixando muito a desejar. Diz-se isso porque o Código Civil de 2002 foi projetado no ano de 1975 e passou a vigorar apenas em 11 de janeiro de 2003.

Por essa razão, muitas vezes nos deparamos com dispositivos legais ultrapassados, e que em nada corroboram com a resolução dos conflitos contemporâneos, além da anomia existente em face dos novos arranjos familiares. Por certo, o maior dos avanços nesse sentido foi o advento da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 226, §3º legaliza a união estável:

Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

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

Nessa esteira, há quem argumente que o legislador constitucional conferiu tratamento igualitário à união estável, buscando adequar o regramento constitucional e infraconstitucional às questões colocadas à apreciação do Judiciário, para que se possa

1. Claudia Gay Barbedo, advogada, especialista em Direito da Empresa e da Economia; mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS; professora do Centro Universitário Ritter dos Reis da disciplina de Direito de Família e Sucessões, professora de Direito de Família das Especializações do IDC e da FADERGS; diretora do IBDFM/RS; sócia efetiva do IARGS e diretora do Instituto Proteger.

2. Natália de Oliveira Abrunhosa, advogada, com experiência em Direito Empresarial (contencioso cível) e Direito de Família e Sucessões; membro do escritório Claudia Barbedo Advogados; cursou Pedagogia na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ênfase em Educação Infantil e Séries Iniciais.

alcançar um tratamento mais adequado a respeito dessa temática. Trata-se, no entanto, de um progresso bastante lento e gradual, que ainda permite enxergar, não raras vezes, o tratamento inadequado destinado à união estável por conta de, até pouco tempo (1988), ser o casamento a única forma de constituição de família legalmente prevista no Brasil.

Exatamente nesse contexto, inúmeros são os debates sobre a solução diferenciada que o Código Civil vigente confere à concorrência sucessória do companheiro e a do cônjuge. Prova disso é a recorrente discussão acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

2. Das divergências dos dispositivos legais que regulam a temática

O Código Civil, em seu artigo 1.790, estipula que, concorrendo com outros parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais até quarto 4º, no caso deste último leia-se: irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos), o companheiro sobrevivente terá direito tão somente a um terço da herança³. Tem-se que o companheiro na ordem sucessória encontra-se em posição inferior aos colaterais, pois somente teria direito ao recebimento integral da herança na inexistência daqueles⁴. O regramento em questão determina que o companheiro somente receba a totalidade da herança em caso de não haver parentes sucessíveis, consoante se depreende da leitura abaixo:

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

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

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

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

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. [Grifo nosso.]

No entanto, a Lei nº 8.971 de 1994, em seu art. 2º, inciso III, afirma que o companheiro participa da sucessão, na falta de descendentes ou ascendentes, tendo direito à totalidade da herança, conforme se vê abaixo:

3. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.197.

4. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.484.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. [Grifo nosso.]

Posteriormente, com a publicação da Lei nº 9.278/1996, que também disciplina a união estável, alguns dispositivos da lei anterior (Lei nº 8.971/1994) foram revogados. Na atualidade a doutrina e a jurisprudência discutem se o regramento do ano de 1996 haveria revogado inteiramente as disposições contidas na lei redigida no ano de 1994 ou não. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁵ lecionam que o Código Civil vigente modificou as regras contidas nas leis acima indicadas para muito pior.

Ocorre que a Lei nº 9.278/1996 não contém dispositivo expresso de revogação da lei anterior, limitando-se ao genérico “revogam-se as disposições em contrário”. Considerando, portanto, que a Lei nº 9.278/1996 silencia com relação ao direito do companheiro à participação na herança, em que pese posicionamentos divergentes, entende-se que não houve revogação do aludido dispositivo, de forma que não foi excluído o direito do companheiro à totalidade da herança no caso da falta de descendentes e ascendentes, afastando-se, assim, a participação dos parentes colaterais, tal como previsto no regramento do ano de 1994⁶.

3. A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002

Inicialmente, é importante conhecer o conceito de união estável para que se possa compreender a extensão da discussão que permeia o polêmico artigo 1.790 do Código Civil. Em linhas gerais, Sílvia Venosa⁷ define como sendo a relação de convivência pública, contínua (estável) e duradoura, com transcurso de prazo razoável, entre duas pessoas e com o fito de constituição de uma instituição familiar, tal como nos orienta o artigo 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura

5. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. p.483.

6. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Companheirismo: uma espécie de família*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.497.

7. VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.42-45.

e estabelecida com o objetivo de constituição de família". A partir do conceito de união estável, muito se discutia se ela poderia ocorrer entre pessoas do mesmo sexo.

No ano de 2008, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestara sobre a possibilidade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo, nos termos da ementa abaixo:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAfetiva. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.⁸ [Grifo nosso.]

Cumprido destacar que a questão sobre a diversidade de sexos restou superada por meio da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, a qual reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo cuja ementa é a seguinte:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAfetiva E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO

8. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 820475/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008.

JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir 'interpretação conforme à Constituição' ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da 'dignidade da pessoa humana': direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO 'FAMÍLIA' NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo

como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMENS E MULHERES, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPOSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEÇER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade de básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades do-mésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressusitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar', não pretendeu diferenciar a 'família'. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado 'entidade familiar' como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heterossexuais a sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homossexuais. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 5. DIVERGÊNCIAS LATENTES QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homossexual nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOSSEXUAL COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolível à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição, isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heterossexual. [Grifo nosso.]

Os julgados colacionados trazem uma mudança de paradigma com relação à definição do conceito de união estável, substituindo-se a expressão “entre homem e mulher” por “entre duas pessoas”. Certo é que o acolhimento da entidade familiar formada por duas pessoas do mesmo sexo atualiza e instiga o nosso ordenamento jurídico a dar tratamento adequado a outros arranjos familiares, além dos legalmente previstos. Importante referir ainda que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu-se, inclusive, a juridicidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo por meio do Recurso Especial nº 1.1833.78/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2011, tendo sido essa orientação incorporada pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 175/2013.

Superada a questão sobre o conceito da união estável, já é tempo de enfrentar a matéria no que toca a equiparação entre esta e o casamento. Diz-se isso porque o Código Civil vigente entendeu por bem colocar o companheiro em uma posição diferenciada daquela conferida ao cônjuge. Prova disso, é o tratamento da questão da concorrência sucessória em ambos os casos (companheiro sobrevivente e cônjuge sobrevivente).

A iniciar pela própria localização dos dispositivos dentro do Código Civil, a disposição sucessória concernente à união estável sequer ganhou capítulo exclusivo, figurando dentro das “disposições gerais”¹⁰ no regramento infraconstitucional, cuja regulação resume-se a um único artigo, qual seja, o art. 1.790 do Código Civil, ao passo que a sucessão do cônjuge – que assume a terceira posição na ordem da sucessão legítima, além da concorrência sucessória com descendentes e ascendentes – vem disposta em diversos dispositivos legais, dentre eles 1.829, 1.832, 1.837 e 1.838. Já é hora de se pensar no enquadramento do companheiro como herdeiro necessário em face do silêncio preconceituoso do artigo 1845 do Código Civil¹¹.

A concorrência sucessória do companheiro sobrevivente é um retrocesso que merece reforma do legislador¹². Para Zeno Veloso¹³ “O art. 1.790 merece censura e crítica porque é deficiente e falho em substância” e, ainda, o autor refere que a concorrência do companheiro com colaterais é inacreditável.

A diferença de tratamento entre os institutos da união estável e do casamento que

DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

10. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.180.

11. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. p.466.

12. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. p.180.

13. VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.166 e 178.

mais chama a atenção, sem dúvida, é aquela relativa à concorrência com os parentes sucessíveis, porquanto ao cônjuge supérstite caberá a integralidade da herança nos casos da falta de descendentes e ascendentes, ao passo que ao companheiro sobrevivente, na mesma condição, tocará tão somente a terça parte da herança por força do disposto no artigo 1.790, inciso III, do Código Civil. Inconcebível, no entanto, a vigência de um regramento legal que conceda tratamento sucessório tão desigual ao companheiro sobrevivente, tal posicionamento resulta na ofensa ao princípio da igualdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

4. Dos entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

O Código Civil vigente afirma que o companheiro deve concorrer à terça parte da herança em caso de existência de parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais até 4º grau). O entendimento jurisprudencial, à época, inclinava-se no sentido de que para a concorrência sucessória do companheiro não se aplicava a regra contida no artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, já que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, destinava tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Nesse sentido, faz-se necessária propagar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, defendendo uma valorização da relação afetiva, a qual merece especial proteção do Estado¹⁴. Maria Berenice Dias ensina que se deve aplicar à união estável as regras que regem a concorrência sucessória no casamento¹⁵.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁶ refere que,

O cônjuge e o companheiro não podem ser tratados de forma diferenciada, pelo direito das sucessões, porque integram famílias constitucionais. Na superação das inconstitucionalidades em que incorreu o Código Civil, deve-se adotar o princípio da prevalência da norma que dispensa (seja ao cônjuge ou ao companheiro) o melhor tratamento. Assim, o cônjuge titula os direitos sucessórios que a lei reconheceu ao companheiro, quando privilegiou este último; e o companheiro titula os direitos sucessórios atribuídos pela lei ao cônjuge, quando forem mais vantajosos.

Ocorre que até o ano de 2009, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande

54. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 6, 71ª edição, 2006, p. 30-31.

14. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. p.484. *Revista dos Tribunais*, 1933, p.36.

15. DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.181.

16. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 4.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.287.

do Sul abrigou o entendimento de que nos casos em que o *de cujus* não deixou descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança, excluindo o direito hereditário dos parentes colaterais, afirmando a inaplicabilidade do artigo 1790, III do Código Civil, conforme julgados transcritos abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. (...) HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. **Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório.** Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. Preliminar não conhecida e recurso provido.¹⁷ [Grifo nosso.]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1790, INC. III, DO CC/02. (...). **Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.** Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. (...). Recurso desprovido, por maioria.¹⁸ [Grifo nosso.]

UNIÃO ESTÁVEL. DIREITOS SUCESSÓRIOS DA COMPANHEIRA. **Não possuindo o companheiro falecido descendentes e nem ascendentes, a companheira tem direito à integralidade da herança, independentemente de os bens inventariados terem sido adquiridos antes ou depois da união estável.** Inteligência do art. 2º da Lei 8.971-94, aplicável à espécie. Negado provimento ao apelo.¹⁹ [Grifo nosso.]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MATÉRIA TRANSITADA EM JULGADO.

17. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agl n.º 70020389284, 7ª Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 12/09/2007.

18. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agl n.º 70017169335, 8ª Câmara Cível, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 08/03/2007.

19. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. ApC n.º 70016506693, 7ª Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 08/11/2006.

Quando o de cujus não deixa descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, o que afasta o direito hereditário dos parentes colaterais. Ao excluir a companheira do rol de herdeiros, a decisão agravada andou em sentido contrário ao que a Corte já havia decidido, merecendo reforma. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.²⁰ [Grifo nosso.]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. COLATERAIS. EXCLUSÃO. **Quando o de cujus não deixa descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, o que afasta o direito hereditário dos parentes colaterais. Precedentes jurisprudenciais.** AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.²¹ [Grifo nosso.]

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. **Pela ausência de descendentes e ascendentes quando da abertura da sucessão, a companheira sobrevivente tem direito à totalidade da herança.** Inteligência do art. 2º, inciso III, da lei nº 8.971/94. A herança abrange a totalidade dos bens deixados pelo falecido, independente da época e da forma de sua aquisição. Os parentes colaterais ficam excluídos da sucessão, pela ordem sucessória legal. Reduzidos honorários advocatícios. RECURSO PROVIDO EM PARTE.²² [Grifo nosso.]

Entretanto, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sessão realizada no dia 09 de novembro de 2009, julgou improcedente a Arguição de Inconstitucionalidade n.º 70029390374, pela grande maioria, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil. O relator Desembargador Leo Lima foi voto vencido, tendo como relatora para o acórdão a Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza.

A problemática cinge-se ao referido julgado que tem força vinculante interna da decisão do Órgão Especial. Isso significa dizer que a constitucionalidade do inciso III do artigo 1790 do Código Civil, reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vincula os órgãos fracionários, que somente por motivo relevante podem suscitar novo incidente, respeitando a reserva de plenário. Assim, a partir do ano de 2009, o Tribunal gaúcho passou a aplicar o artigo 211 do seu Regimento Interno que dispõe expressamente que:

20. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70029273265, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, julgado em 16/07/2009.

21. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70025145467, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 02/07/2008.

22. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70010810505, Oitava Câmara Cível, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, julgado em 30/06/2005.

A decisão declaratória ou denegatória da inconstitucionalidade, se proferida por maioria de dois terços, constituirá, para o futuro, decisão de aplicação obrigatória em casos análogos, salvo se algum órgão fracionário, por motivo relevante, entender necessário provocar pronunciamento do Órgão Especial sobre a matéria.

Diante disso, com o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil, pela doughta maioria, compreende-se que o Tribunal gaúcho não dá mais equiparação constitucional entre a união estável e o casamento. Assim como se constata que também o legislador, no Código Civil vigente, valendo-se da Constituição Federal de 1988, tratou diferentemente os dois institutos em questão.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2011, suscitou incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil. A questão foi levantada pelo Ministro Luis Felipe Salomão. Com isso, desde então a questão está sendo apreciada pela Corte Especial. A temática encontra-se entre muitos desafios porque a norma desperta debates doutrinários e jurisprudenciais de substancial envergadura.

O principal fundamento é a questão da ausência de revogação do artigo 2º, da Lei n. 8.971/94, que contempla o companheiro com a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes. A corroborar com esse fundamento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é favorável ao afastamento dos colaterais em caso da falta de descendentes e ascendentes, favorecendo o companheiro sobrevivente com a totalidade da herança, como se depreende abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA, SUCESSÕES E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. SUCESSÃO REGIDA PELAS LEIS N. 8.971/1994 E N. 9.278/1996. AUSÊNCIA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES DO DE CUJUS. PEDIDO INICIAL QUE SE LIMITA A DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SOBRE O IMÓVEL RESIDENCIAL. SENTENÇA QUE O ACOLHE NOS MESMOS TERMOS. RECURSO DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PROPRIEDADE PLENA. PEDIDO REALIZADO EM GRAU DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo. No âmbito desta Casa, reconheceu-se, inclusive, a juridicidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo (REsp 1.183.78/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011), tendo sido essa orientação incorporada pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 175/2013. 2. **Por outro lado, o silêncio da Lei n. 9.278/1996 não excluiu o direito do companheiro à totalidade da herança, na hipótese de inexistência de ascendentes e descendentes do de cujus, na verdade, afastando a participação de parentes colaterais, tal como previsto no art. 2º, inciso III, da Lei n.**

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito

EQUORDIEU, Flávia A. Domini

BRASIL. Lei 3071 de 7 de

planalto.gov.br/civil_93/lei

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de

planalto.gov.br/civil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BRASIL. Secretaria Especial

Atendimento a Mulheres

www.spm.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2014/07/21/04-ligue-180-agora-e-disque-

-balanco-anual-mostra-que-subiu-para-70-porcentual-de-municipios-atendidos>

Acesso em: 04 jul. 2014.

CARCELO, Ana Carolina; SAGUI, Monserrath Rodriguez. Feticídio em Costa Rica: balance

mortal. Medicina Legal de Costa Rica vol. 19, no. 1, março de 2002, p. 35-38.

de Janeiro (1918-1940). Campinas: Editora da Unicamp/Centro de Pesquisa em História

Social da Cultura, 2000.

Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura; HEILBORN, Maria Luiza (orgs.). Perspectivas

da Mulher 4. São Paulo: Zahar, 1985.

5. Considerações

Por derradeiro, evidencia-se que ainda perduram inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, inexistindo quaisquer conclusões objetivas e concretas para casos similares. O que se pode afirmar é que em nível de Tribunal

8.971/1994. Precedentes. 3. Todavia, tendo a inicial se limitado a pedir apenas o direito real de habitação e a sentença a concedê-lo, inexistente também recurso de apelação, descabe pleitear, em recurso especial, a propriedade plena do imóvel no qual residia a recorrente com sua falecida companheira. 4. O direito de herança, embora seja decorrência ope legis do reconhecimento da união estável, consiste em direito patrimonial disponível, podendo o titular dele inclusive renunciar por expressa previsão legal (arts. 1.804 a 1.813 do Código Civil), razão por que o juiz deve limitar-se ao que efetivamente é pleiteado pela parte, sob pena de, aí sim, incorrer em julgamento extra ou ultra petita. 5. Recurso especial não provido.²³ [Grifo nosso.]

UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO DA COMPANHEIRA À HERANÇA. Lei nº 8.971/94. Lei nº 9.278/96. 1. O advento da Lei nº 9.278/96 não revogou o art. 2º da Lei nº 8.971/94, que regulou o direito da companheira à herança de seu falecido companheiro, reconhecida a união estável. 2. Recurso especial conhecido e provido.²⁴ [Grifo nosso.]

O Supremo Tribunal Federal, em 2011, reconheceu a existência de repercussão geral acerca das hipóteses de sucessão ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil. No tocante ao tratamento igualitário que deve ser concedido aos companheiros (artigo 226 da Constituição Federal de 1988), bem como com relação à isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos no igual direito subjetivo à formação de família.

Verifica-se pela jurisprudência colacionada que há divergência de entendimento a respeito do tema entre o Tribunal gaúcho e os Tribunais superiores. Dessa maneira, o enfrentamento do assunto no Rio Grande do Sul esbarra na força vinculante da decisão do Órgão Especial que entende ser constitucional a aplicação da concorrência sucessória do companheiro com os colaterais. No entanto, a posição do Tribunal gaúcho pode ser atacada tanto por meio de Recurso Especial endereçado ao Superior Tribunal de Justiça como por meio de Recurso Extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal cujos posicionamentos são favoráveis ao afastamento dos colaterais quando na concorrência sucessória do companheiro inexistir descendentes e ascendentes.

23. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma, Recurso Especial nº 1204425 / MG – 2008/0245758-0 – Ministro Relator Luis Felipe Salomão, Julgado em 11/02/2014, DJe 05/05/2014.

24. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Recurso Especial nº 418365 / SP – 2002/0025728-2 – Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 21/11/2002.

gaúcho, a questão hereditária dos p (parte), justamente do artigo 1.790 do

No entanto, un ou mesmo ao Sup da companheira p cessórios dos par igualdade de trata

Enfim, parece Civil, inexistindo c ciado entre a uni em detrimento d de regra, patrimê finado, é uma for classe de constitu

Referências

BRASIL. Superior – 2008/0245758-0 – 05/05/2014.

BRASIL. Superior SP – 2002/0025728-2 – 21/11/2002.

BRASIL. Superior Ribeiro, Rel. p 02/09/2008, Dy

BRASIL. Suprem Pleno, julgado VOL-02607-01

CAHALI, Franc

gaúcho, a questão seria, de plano, afastada pela necessidade de observância do direito hereditário dos parentes colaterais (com os quais a companheira concorreria à terça parte), justamente pela compreensão do Órgão Especial, acerca da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

No entanto, uma vez levada a questão à apreciação do Superior Tribunal de Justiça ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal, torna-se viável o reconhecimento do direito da companheira perante a totalidade da herança, afastando-se eventuais direitos sucessórios dos parentes colaterais. Isso porque os Tribunais superiores reconhecem a igualdade de tratamento entre a união estável e o casamento.

Enfim, parece-nos indiscutível a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, inexistindo quaisquer argumentos aceitáveis para manter um tratamento diferenciado entre a união estável e o casamento. Diz-se isso porque privilegiar os colaterais em detrimento do companheiro, que além de auxiliar o *de cujus* e até amealhar, via de regra, patrimônio ao longo dos anos, permanece grande parte da vida ao lado do finado, é uma forma de dizer que uniões sem o selo do casamento são relegadas a uma classe de constituição de família inferiorizada.

Referências

- Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma, Recurso Especial nº 1204425 / MG – 2008/0245758-0 – Ministro Relator Luis Felipe Salomão, Julgado em 11/02/2014, DJe 05/05/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Recurso Especial nº 418365 / SP – 2002/0025728-2 – Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 21/11/2002. *Sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 820475/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das*

Sucessões. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** 4.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Companheirismo:** uma espécie de família. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agl n.º 70020389284, 7ª Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 12/09/2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agl n.º 70017169335, 8ª Câmara Cível, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 08/03/2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. ApC n.º 70016506693, 7ª Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 08/11/2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 70029273265, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, julgado em 16/07/2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 70025145467, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, julgado em 02/07/2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70010810505, Oitava Câmara Cível, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, julgado em 30/06/2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.

1. Introdução

Analisando os dados estatísticos, são inúmeras as propriedades do Judiciário que prestam parâmetros ao d

O problema do cônjuge sob a metade ilíquida e reservada, um conflito de normas que a aplicação da legislação da lei

Dessa forma, meçam a aplicação do a falta vista a

1. Cláudia Gavioli, professora da PUCRS, IUPERJ e da FGV. 2. Natália de Oliveira, professora de Direito de Família e Sucessões da PUCRS e do Rio Grande do Sul.