

SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO CONVIVENTE

*Mauro ALVES DE ARAUJO*³³⁰

Resumo

A escolha do tema para o presente artigo tem como finalidade demonstrar que a normatização de uma situação nem sempre pode ser interpretada de forma literal, sob pena de ofensa a princípios constitucionais. Mais, pretende-se com este estudo demonstrar um fato que se torna cada vez mais corriqueiro, ante a escolha das pessoas por uma constituição de nova família, com uma vida fora dos padrões convencionais, ou seja, a união estável em vez do casamento. E com isso, após uma vida em comum, quando um falece, surge o problema da sucessão, que pela letra fria da lei, em uma interpretação literal, dá ao convivente menos direito que teria se fosse casado, o que não é aceito pela sociedade, ante o tratamento desigual para situações idênticas, mormente pela ignorância da maioria da população quanto a seus direitos. Por força da divergência jurisprudencial criada na interpretação da norma sobre esse tipo de sucessão é que o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de recurso repetitivo, a melhor interpretação da norma, em consonância com os princípios constitucionais.

Palavras-chave: *união estável, sucessão, novas famílias, entidades familiares*

Introdução

O tema escolhido para o presente estudo procura demonstrar uma situação em que a normatização de uma situação de fato não pode ser interpretada de forma literal, sob pena de ofensa a princípios constitucionais.

No caso em estudo, a sucessão, como fato social corriqueiro, necessita de um tratamento adequado à situação escolhida por boa parte dos que resolvem constituir uma nova família sem o formalismo exigido no passado.

Isso porque, a união estável, como forma insofismável de constituição de uma nova família, não pode tratar os conviventes diferentemente da situação a que o cônjuge tem direito.

Para tanto, inicia-se com algumas considerações sobre a interpretação e validade da norma jurídica e sobre a sucessão, passando-se ao direito das sucessões, os direitos sucessórios do cônjuge e do convivente, a interpretação da norma sobre o direito de sucessão desses, consoante o Supremo Tribunal Federal, e as consequências dessa interpretação dada pela Suprema Corte, finalizando-se com algumas considerações conclusivas sobre a questão.

Importante, entretanto, consignar que o presente estudo não visa se aprofundar no tema, eis que o artigo tem uma limitação física e o tema permite uma monografia extensa.

Breves considerações

É sabido que a norma é criada a partir da valoração de um fato, gerando o Direito³³¹,

³³⁰ *Professor e advogado. Bacharel em Direito pela FADIPA. Mestre e Doutor pela PUC/SP.*

³³¹ *Os elementos que compõem a Teoria Tridimensional do Direito, segundo Miguel*

que é a “*síntese ou integração do ser e do dever ser, é fato e é norma, pois é fato integrado na norma exigida pelo valor a realizar*”³³², e em todo fato jurídico “*se verifica uma integração de elementos sociais em uma ordem normativa de valores, uma subordinação da atividade humana aos fins éticos da convivência*”³³³.

Daí porque a interpretação de uma norma não pode ser apenas de forma gramatical (literal), mas especialmente de forma holística, permitindo que o texto legal seja interpretado de maneira interligada com a função social, histórica e, máxime, com uma Justiça maior, fim precípua do Direito. Mais, não pode haver uma incompatibilidade da norma com o ordenamento jurídico³³⁴, sob pena de haver inconstitucionalidade da norma jurídica.

Assim, a interpretação da norma jurídica é feita conforme essa orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação do direito à sucessão pelo cônjuge e pelo convivente.

Direito das sucessões

Para o presente estudo, em que, repita-se, não se pretende de forma alguma esgotar o assunto, dada a compreensível limitação de

espaço, não se tratará da sucessão testamentária, eis que não pertinente ao tema, limitando-se à legítima e naquilo que é necessário ao presente trabalho.

O direito das sucessões cuida da transmissão de bens de uma pessoa morta (*causa mortis*), em que o seu sucessor o substitui no domínio dos bens. É um conjunto de normas que disciplina a transmissão dos bens e obrigações do falecido aos seus sucessores.

E essa sucessão *causa mortis* pode ocorrer de duas formas distintas, a testamentária (última vontade manifestada na forma da lei antes do falecimento) ou a legítima (quando os herdeiros serão os descendentes, ascendentes, cônjuge ou convivente, colaterais até 4º grau), consoante o disposto nos artigos 1573 e 1574, ambos do Código Civil. Isso quando a sucessão não ocorre por ambas as espécies (artigo 1575 do CC).

A sucessão legítima, que interessa ao presente estudo, compreende a partilha da herança deixada com o falecimento, se não existir testamento, ou sobre a parte que não foi compreendida no testamento, ou quando o testamento caducou, foi considerado ineficaz, reduzido ou nulo. Nessa situação, são convocados os herdeiros legítimos na ordem de vocação hereditária, primeiro descendentes, em concorrência com o cônjuge; depois os

Reale (Teoria Tridimensional do Direito. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003)

³³² Miguel Reale, Teoria do direito e do Estado, 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2000, p. 8

³³³ Miguel Reale, Teoria do direito e do Estado, p. 28

³³⁴ Conforme Teoria da Hierarquia das Leis, Hans Kelsen, Teoria pura do direito, 2ª versão. São Paulo, Martins Fontes, 3ª ed., 1991

ascendentes, também em concorrência com o cônjuge; em terceiro, o cônjuge, e, por último, os colaterais até o 4º grau.

Não se olvidando que na linha descendente cabe o direito de representação³³⁵, quando o herdeiro não puder receber a herança, como no caso de deserdação, ou quando o herdeiro descendente tiver falecido antes do seu ascendente.

Nestas situações, os descendentes do herdeiro falecido anteriormente ou deserddado serão chamados a receber por representação do seu ascendente³³⁶, recebendo por estirpe³³⁷.

Não há sucessão por representação na linha ascendente, por expressa disposição legal³³⁸, e na linha colateral essa representação é excepcional³³⁹, somente se admitindo quando os sobrinhos recebem no lugar do ascendente, juntamente com os tios.

Essa vocação hereditária, que significa o chamamento dos herdeiros legítimos na sequência legal de forma hierárquica³⁴⁰, exclui a classe seguinte quando existente uma mais próxima, dividindo-se em herdeiros legítimos necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge) e os herdeiros apenas legítimos (colaterais até 4º grau). Exceção se faz quando ocorre a sucessão por representação acima mencionada, onde uma classe sucede com outra, mas isso somente é possível porque a

classe seguinte, que sucede por representação, não está recebendo a legítima por direito próprio como a classe anterior.

Para o presente estudo, vamos cuidar apenas da sucessão do herdeiro cônjuge e do herdeiro convivente, por ser a que sofreu grande modificação com a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso repetitivo, por causa do tratamento desigual que se tinha entre aqueles na sucessão.

Direito de sucessões do cônjuge e do convivente

O direito do convivente, previsto no Código Civil, em seu artigo 1790, resume-se “*aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*”, observado o que segue:

- 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;*

³³⁵ Artigo 1851 do Código Civil

³³⁶ Artigo 1854 do Código Civil

³³⁷ Artigo 1855 do Código Civil

³³⁸ Artigo 1852 do Código Civil

³³⁹ Artigo 1853 do Código Civil

³⁴⁰ Artigos 1790, 1829 e 1830, todos do Código Civil

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 cônjuge, por sua vez, conforme dispõe o mesmo diploma legal, tem direito à sucessão do falecido, se não separados judicialmente e nem de fato há mais de dois anos, exceto se inocente pela separação³⁴¹.

O direito do cônjuge, se existente, será concorrente com os descendentes, se não casado pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens³⁴², e nem sobre os bens comuns, se casado pelo regime da comunhão parcial de bens³⁴³.

Nesse caso, o direito do cônjuge é igual à parte que o descendente terá, não podendo a do cônjuge ser inferior à quarta parte, se for ascendente dos herdeiros descendentes³⁴⁴.

A não sucessão concorrente do cônjuge no regime da comunhão universal de bens deve-se ao fato de que o cônjuge sobrevivente terá direito à meação. Entretanto,

se existirem bens que não componham a comunhão universal de bens, o que é raro, mas não impossível, entende-se que o cônjuge sobrevivente terá direito à sucessão concorrente sobre esses bens particulares, como no caso da comunhão parcial de bens.

Tem o cônjuge direito concorrente, também, com os ascendentes, cabendo-lhe parte igual à do ascendente³⁴⁵, independentemente do regime de bens adotado no casamento. Isso representa a possibilidade de o cônjuge sobrevivente receber parte do patrimônio do falecido por direito próprio, meação, e também por sucessão.

Se não houver descendente e nem ascendente, o cônjuge herda por inteiro, sem que os colaterais sejam chamados à sucessão³⁴⁶.

Ainda, o cônjuge sobrevivente, independentemente de sua participação na herança do falecido cônjuge, concorrente ou por inteiro, bem como, do regime de bens do casamento, terá o “*direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar*”³⁴⁷.

Como se observa, há, no texto legal, uma diferença gritante entre o direito

³⁴¹ Artigo 1830 do Código Civil

³⁴² A intenção do legislador, nesse tipo de regime, foi impedir de todas as formas a participação do cônjuge no patrimônio do outro. Mas entende-se que no caso de separação convencional de bens, há a possibilidade de concorrência na sucessão.

³⁴³ Artigo 1829, I, do Código Civil

³⁴⁴ Artigo 1832 do Código Civil

³⁴⁵ Artigo 1837 do Código Civil

³⁴⁶ Artigo 1831 do Código Civil

³⁴⁷ Artigo 1838 do Código Civil

sucessório do cônjuge e do convivente, com uma odiosa desigualdade entre os mesmos, bastando reiterar que o convivente somente terá direito sucessório “*aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*”. Nesse caso, igualava-se ao do cônjuge, se concorresse com filhos comuns; nas demais situações, o seu direito sucessório era reduzido, chegando ao ponto de concorrência até mesmo com os colaterais, e somente receberia por inteiro se não houvesse nenhum herdeiro descendente, ascendente ou colateral.

Essas diferenças foram tratadas no passado por uma razão simples: o texto legal, vale dizer, o artigo 1790 do Código Civil, é inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da “*igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso*”, ao tratar como desiguais os que são iguais. Ambos, cônjuge e convivente, derivam de entidades familiares, e “*não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988*”³⁴⁸.

Assim, em 10 de maio de 2017, decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando,

³⁴⁸ É o que se destaca do voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 646721

³⁴⁹ É o que se constata no julgamento dos segundos embargos de declaração opostos pela

em sede de repercussão geral, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694, firmou a seguinte tese:

“No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil.”

Isso significa que há igualdade de tratamento entre o cônjuge e o convivente, para fins sucessórios, devendo ser ignorado o artigo 1790 do Código Civil, tratando-se a sucessão apenas na forma do artigo 1829 do mesmo Diploma Legal, além de passar o convivente a ser considerado como herdeiro necessário, na forma do artigo 1845 do Código Civil, embora esse ponto não tenha sido objeto de discussão e decisão no referido julgamento³⁴⁹, mas que, pela melhor exegese, é o que se conclui.

Forçoso consignar que, embora o Código Civil vigente seja de autoria de um dos maiores juristas que este país já teve, e que o Código Civil tenha recebido inúmeras alterações para se adequar à Constituição

ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES – ADFAS, no REExt nº 646.721

Federal, somente sendo sancionado em 2002, portanto, 14 (quatorze) anos após a entrada em vigor de nossa Constituição Federal, isso não foi suficiente para impedir que houvesse um artigo de lei em dissonância com a Carta Magna.

Compreensível, pois até muito pouco tempo atrás, a sociedade não conseguia assimilar que a família pudesse ser formada de forma diversa daquela tradicional, ou seja, pelo casamento. Por força disso, não admitia que a união estável assegurasse a seus protagonistas os mesmos direitos dos cônjuges, daí o não reconhecimento de ofensa ao princípio da isonomia e da dignidade humana no odioso tratamento desigual dado pelo artigo 1790 do Código Civil.

É óbvio que a legislação infraconstitucional pode não ser recepcionada por uma nova Constituição Federal, mas não se pode imaginar que o legislador pátrio elabore uma lei em confronto com a Constituição Federal, a não ser pelo motivo mencionado, onde não se via igualdade entre convivente e cônjuge.

Efeitos da Tese firmada pelo STF nas partilhas concluídas

Questão interessante derivada dessa tese formada no julgamento de referidos

Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694 é quanto aos seus efeitos.

Isso porque nos processos de inventário ainda não concluídos, é evidente que a aplicação da tese firmada é imediata e sem discussões, mas quanto aos processos de inventário concluídos e com trânsito em julgado, onde a partilha tenha ocorrido de forma contrária à tese do STF, ficaria a possibilidade de uma rediscussão da partilha em sede de ação rescisória, ou mesmo nulidade da partilha amigável, ante a reconhecida inconstitucionalidade do dispositivo legal aplicado à partilha.

Isso porque o convivente que ficou prejudicado com a aplicação do disposto no artigo 1790 do Código Civil, percebendo na partilha menos do que tem efetivamente direito pela aplicação do artigo 1829 do mesmo Código, poderia se recusar a entregar ao herdeiro o bem que está sob sua posse, apresentando impugnação ao cumprimento de sentença, na forma do artigo 525, § 1º, III, com a exegese apresentada pelo § 12º, do mesmo artigo 525, do Código de Processo Civil.

Entretanto, desde outrora³⁵⁰ há a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como, aliás, consta no artigo 525, § 13º, do CPC.

Por isso essa discussão não ocorrerá, pois o Supremo Tribunal Federal, para evitar

³⁵⁰ Artigo 27 da Lei nº 9.868/99

uma insegurança jurídica para as situações decididas anteriormente à tese, modulou os efeitos deste julgamento nos seguintes termos:

“Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.”

Isso representa a possibilidade de as partilhas ainda não transitadas em julgado serem adequadas à tese, mas as que transitaram em julgado não poderão ser rediscutidas, exceto se presente outro motivo autorizador para a rescisória ou anulabilidade da partilha³⁵¹, que não seja a inconstitucionalidade declarada na tese acima mencionada.

A Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, admitida como *“amicus curiae”* no referido recurso extraordinário nº 646.721, teve os segundos embargos de declaração opostos para, entre outros fins, alterar a modulação dos efeitos da tese, reclamando a aplicação da mesma apenas às sucessões abertas após a publicação da tese, o que foi rejeitado, por não ser possível o pretendido caráter infringente.

³⁵¹ Artigo 966 do Código de Processo Civil para a ação rescisória, e artigos 657 e 658, ambos

Assim, o que se tem hoje é a possibilidade de se aplicar a tese acima exposta apenas às partilhas ainda não transitadas em julgado, independentemente da data de abertura da sucessão, com o direito assegurado aos conviventes como se casados fossem.

CONCLUSÃO

Durante este trabalho, algumas conclusões foram consignadas, ainda que de maneira mais simples, daí a necessidade de se enumerarem algumas conclusões do presente estudo, o que se faz de forma objetiva, com amparo na Tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos princípios que norteiam o Direito.

1. A interpretação de uma norma não pode ser apenas de forma gramatical (literal), mas especialmente de forma holística;
2. Na sucessão legítima, há o direito de representação apenas na linha descendente, excepcionalmente na linha colateral, jamais na linha ascendente;
3. Na sucessão legítima, somente haverá distintas classes de herdeiros quando ocorrer a sucessão por representação;
4. Não existe mais distinção do cônjuge e do convivente na sucessão, ante a declarada inconstitucionalidade do artigo 1790 do

do mesmo diploma legal, para a ação de anulabilidade

Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal, ao fixar a Tese no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694, em sede de repercussão geral;

5. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil, igualando, portanto, os direitos do convivente e do cônjuge, na forma do artigo 1829, deve-se à ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso, por tratar como desiguais os que são iguais;

6. O convivente, além do mesmo quinhão a que terá direito na sucessão, em concorrência ou por inteiro, como se fosse casado, terá o direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência ao casal;

7. Convivente é herdeiro necessário, na forma do artigo 1845 do Código Civil;

8. A modulação dos efeitos da Tese firmada nos Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694, julgados em sede de repercussão geral, foi necessária por segurança jurídica;

9. Com a modulação dos efeitos da referida Tese, as partilhas julgadas ou homologadas, com trânsito em julgado, não serão modificadas por força da inconstitucionalidade declarada, valendo a referida tese apenas para os inventários e partilhas não transitadas em julgado na data do julgamento dos referidos recursos extraordinários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides de. Inventário e Partilha - Teoria e Prática do Direito das Sucessões. 24^a ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 7 – Direito das Sucessões. 8^a ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2^a versão, SP, Martins Fontes, 3^a ed., 1991.

REALE, Miguel. Teoria do direito e do Estado. 5^a ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2000.

_____. Teoria Tridimensional do Direito. 5^a ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das Sucessões. Volume 6. 10^a ed. Forense, 2017.