

O COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO¹

Flávio Tartuce²



Como se retira dos estudos básicos do Direito das Sucessões, o herdeiro ou sucessor é aquele que é beneficiado pela morte do *de cujus*, seja por disposição de ato de última vontade, seja por determinação da norma jurídica. Sendo assim, como primeiro critério classificador, *quanto à origem*, o herdeiro pode ser *testamentário* – quando instituído por testamento, legado ou codicilo –, ou *legítimo* – quando o direito de suceder decorre da lei, diante da ordem de vocação hereditária, presumindo o legislador a vontade do moro.

Em relação aos últimos, sucessores legítimos, *quanto à amplitude de proteção do sistema sucessório nacional*, duas são as modalidades de herdeiros previstas no Direito Civil Brasileiro. De início, há os *herdeiros necessários, forçados ou reservatários*, aqueles que têm a seu favor a proteção da *legítima*, composta por metade do patrimônio do autor da herança, nos termos do art. 1.846 do atual Código Civil, que enuncia: “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. São herdeiros necessários, expressamente e segundo o art. 1.845 do Código Civil de 2002, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Apesar da falta de previsão legal, um dos grandes temas de debate da atualidade diz respeito a se considerar o companheiro ou convivente

¹ Coluna do Migalhas de julho de 2018.

² Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da EPD. Diretor do IBDFAM – Nacional e vice-presidente do IBDFAM/SP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

como herdeiro necessário ou não, discussão que foi aprofundada diante do julgamento do Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, com repercussão geral (Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10/05/2017, publicado no *Informativo* n. 864 da Corte).

Não se pode esquecer que o herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perde o direito à legítima, ou seja, é possível que a pessoa seja herdeira testamentária e legítima ao mesmo tempo, categorias que podem coexistir no sistema sucessório brasileiro (art. 1.849 do CC/2002). Assim, deduzindo com clareza e demonstrando que essa já era a solução no sistema anterior codificado: “a disposição testamentária que recair sobre a parte disponível da herança, em favor de herdeiro necessário, não afasta o direito à legítima deste herdeiro beneficiário. Nesse sentido é a clara disposição do art. 1.724 do Código Civil de 1916, vigente à época da abertura da sucessão do autor da herança. Dispositivo que encontra correspondência no atual art. 1.849 do novo Código Civil” (TJRS, Agravo de Instrumento n. 239713-37.2013.8.21.7000, 8ª Câmara Cível, Caxias do Sul, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 29/08/2013, *DJERS* 04/09/2013).

Além dos *herdeiros necessários*, como segunda categoria, existem os *herdeiros facultativos* ou *não obrigatórios*, aqueles que não têm a seu favor a proteção da legítima, podendo ser preteridos totalmente por força de testamento. Também podem ser excluídos de modo integral por de meio doações feitas pelo falecido enquanto era vivo, não se aplicando a regra da nulidade absoluta parcial da doação inoficiosa, prevista no art. 549 do Código Civil. Em tom complementar, o art. 1.850 do Código Civil em vigor preceitua que, para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha sem contemplá-los. Reitere-se, portanto, que são herdeiros facultativos reconhecidos

pela dicção expressa da lei os colaterais até o quarto grau. Na literalidade, a norma alcança os colaterais de segundo grau, que são os irmãos, sejam bilaterais ou germanos (mesmo pai e mesma mãe) ou unilaterais (mesmo pai ou mesma mãe). Abrange também os tios e sobrinhos (colaterais de terceiro grau), bem como os primos, tios-avós e sobrinhos-netos (colaterais de quarto grau).

Como se percebe, também não há menção expressa ao companheiro na última regra, de exclusão dos herdeiros facultativos. Na verdade, os entendimentos majoritários da doutrina e da jurisprudência nacionais indicavam que ele não seria herdeiro reservatório, mas apenas o cônjuge. Porém, tal posição não era pacífica, pois muitos juristas já sustentavam anteriormente ser o convivente herdeiro necessário. Conforme a *tabela doutrinária* de explicação das polêmicas sucessórias do Código Civil de 2002, desenvolvida por Francisco Cahali, constata-se que essa era a opinião de Caio Mário da Silva Pereira, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Paulo Vieira de Carvalho e Maria Berenice Dias (ver em: CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 225-228).

A afirmação, contudo, era minoritária, pois a grande maioria dos doutrinadores pensava de forma contrária, amparada na dicção do art. 1.845 do CC/2002, caso de Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Francisco José Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Maria Helena Diniz, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Marcelo Truzzi Otero, Mário Delgado, Mário Roberto Carvalho de Faria, Roberto Senise Lisboa, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Sílvio de Salvo Venosa; além deste autor, todos citados na *tabela Cahali* na obra antes referenciada.

Em resumo, entendia a doutrina majoritária que poderia o companheiro ou a companheira ser totalmente excluído da

sucessão por testamento ou doação do autor da herança. Não se olvide, a propósito, que alguns juristas há tempos aventavam a inconstitucionalidade desse tratamento diferenciado, caso de Gíselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Zeno Veloso, dois dos nossos maiores sucessionistas da atualidade.

As lições dos dois últimos doutrinadores foram adotadas e citadas no julgamento do Supremo Tribunal Federal, que contribui substancialmente para uma mudança de posição a respeito do tema, para a teoria e a prática. Como desenvolvi em outros textos publicados, por maioria de votos, entendeu-se pela equiparação sucessória entre o casamento e a união estável. Nos termos do voto do relator, “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”. Após pedidos de vistas, o julgamento encerrou-se em maio de 2017, formando maioria quanto à adesão à seguinte tese final, para fins de repercussão final e vinculação de outras ações judiciais em trâmite: “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Entendo que o julgamento do Supremo Tribunal Federal acabou por resolver algumas questões fundamentais que atormentavam os aplicadores do Direito das Sucessões no Brasil. Porém, deixou algumas brechas e dúvidas, o que pende de apreciação em embargos de declaração opostos no processo, um deles pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família).

A principal dúvida diz respeito justamente à inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário no art. 1.845 do Código Civil, tormentosa questão relativa ao Direito das Sucessões e que tem numerosas consequências. O julgamento nada expressa a respeito da dúvida. Todavia, lendo os votos preponderantes, especialmente o do Relator, Ministro Barroso, a

conclusão é positiva, sendo essa a minha posição doutrinária, compartilhada com Zeno Veloso, Giselda Hironaka, Francisco Cahali e Euclides de Oliveira, conforme demonstrado por eles em eventos jurídicos dos quais participamos em conjunto nos últimos meses.

Como consequências dessa forma de ver o julgamento do STF, alguns efeitos civis podem ser destacados, a saber: *a*) incidência das regras previstas entre os arts. 1.846 e 1.849 do CC/2002 para o companheiro, o que gera restrições na doação e no testamento, uma vez que o convivente deve ter a sua legítima protegida; *b*) o companheiro passa a ser incluído no art. 1.974 do Código Civil, para os fins de rompimento de testamento, caso ali também se inclua o cônjuge; *c*) o convivente tem o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação (arts. 2.002 a 2.012 do CC), sob pena de sonegados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge.

Em suma, a minha posição é que da decisão do Supremo Tribunal Federal retira-se uma *equiparação sucessória* das duas entidades familiares, incluindo-se a afirmação de ser o companheiro herdeiro necessário. Porém, ao contrário do que defendem alguns, não se trata de uma *equiparação total* que atinge todos os fins jurídicos, caso das regras atinentes ao Direito de Família. Em outras palavras, não se pode dizer, como tem afirmado Mario Luiz Delgado, que a união estável passou a ser um *casamento forçado*. Em resumo, o *decisum* do Supremo Tribunal Federal gera decorrências de equalização apenas para o plano sucessório.

A propósito, há corrente respeitável, encabeçada por Anderson Schreiber e Ana Luiza Nevares, no sentido de haver equiparação das duas entidades familiares somente para os fins de *normas de solidariedade*, caso das regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens. Em relação às *normas de formalidade*, como as relativas à existência formal da união estável e do casamento, aos requisitos para a ação de alteração do regime de bens

do casamento (art. 1.639, § 2º, do CC/2002, e art. 734 do CPC/2015) e às exigências de outorga conjugal, a equiparação não deve ser total. Esse entendimento doutrinário gerou a aprovação do Enunciado n. 641 na *VIII Jornada de Direito Civil*, ocorrida em abril de 2018: “a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável”.

Insta observar que existem recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem, expressa ou implicitamente, ser o companheiro herdeiro necessário. Trazendo o reconhecimento implícito, pelo menos na minha leitura, cite-se o acórdão prolatado pela 4ª Turma do Tribunal da Cidadania, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.337.420/RS, na sessão plenária de 22 de agosto de 2017, tendo sido como relator o Ministro Luis Felipe Salomão. No caso, irmãos e sobrinho de adotante falecido ajuizaram ação de anulação de adoção em face do adotado, sob o fundamento de que a adoção de menor não atendeu às exigências legais, principalmente no que dizia respeito à hígida manifestação de vontade do adotante. Os autores da ação afirmaram que o adotante-falecido nunca teve a real intenção de adotar a criança, argumentando que a sua capacidade mental estava prejudicada quando do processo de adoção, em virtude de acidente de carro anos atrás.

A controvérsia do processo consistiu em definir se os irmãos e sobrinhos do adotante seriam legitimados para a ação de anulação de adoção proposta após o falecimento do adotante, especialmente pelo fato de ter o falecido uma companheira sobrevivente. Como consta do voto do Relator, sendo declarada a nulidade da adoção – “se acolhido o pedido dos autores, irmãos e

sobrinhos do *de cuius* –, não subsistiria a descendência, pois a filha adotiva perderia esse título, deixando, conseqüentemente, de ser herdeira, e, diante da inexistência de ascendentes, os irmãos e sobrinhos seriam chamados a suceder. Nessa esteira, os autores da anulatória de adoção afirmaram que, acolhida a demanda, a companheira sobrevivente não ocuparia a posição seguinte na ordem de vocação hereditária, nos termos do dispositivo invocado" (STJ, REsp. n. 1.337.420/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/08/2017).

Na sequência, como desenvolve o julgador, "o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente, impondo-se a realidade à ficção jurídica, que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento, civil ou religioso, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família. Seguindo esse rumo, uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, surgiu em 1988, baseada num explícito poliformismo familiar, cujos arranjos multifacetados foram reconhecidos como aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado 'família', dignos da 'especial proteção do Estado', antes conferida unicamente àquela edificada a partir do casamento. Neste ponto, refiro-me ao art. 226 da Constituição Federal de 1988, que, de maneira eloquente, abandona de vez a antiga fórmula que vinculava, inexoravelmente, a família ao casamento, consagrada em todos os demais diplomas anteriores. Com efeito, quanto à forma de constituição dessa família, estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do mencionado dispositivo, que 'a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado', sem ressalvas, sem reservas, sem 'poréns'" (REsp. n. 1.337.420/RS).

Diante desses e de outros argumentos de necessária inclusão de todas as entidades familiares, bem como da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, o aresto reconhece a

inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil para dar procedência às razões recursais, concluindo pela ilegitimidade ativa dos colaterais do falecido para propor a ação de anulação da adoção. Ainda conforme as palavras do Ministro Salomão, sobre o último dispositivo, sua "aplicabilidade não se sustenta diante da nova ordem instaurada, mormente após o julgamento do STF havido em maio deste ano. Com efeito, tendo sido retirado do ordenamento jurídico as disposições previstas no art. 1.790 do Código Civil, o companheiro passa a figurar ao lado do cônjuge na ordem de sucessão legítima (art. 1.829)" (STJ, REsp. n. 1.337.420/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/08/2017).

Com grande honra, a minha posição é citada em vários trechos do voto do Ministro Relator, notadamente em quatro aspectos, de interpretação a respeito da decisão do STF: *a*) necessidade de se colocar o companheiro sempre ao lado do cônjuge, no tratamento constante do art. 1.829 do Código Civil; *b*) reconhecimento do convivente como herdeiro necessário, incluído no art. 1.845 do Código Civil; *c*) obrigatoriedade de o companheiro declarar os bens recebidos em antecipação, sob pena de serem considerados sonogados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge; *d*) confirmação do direito real de habitação do companheiro, havendo uma tendência de uma unificação de tratamento.

Por fim, o reconhecimento expresso de ser a companheira herdeira necessária se deu em outro julgado de 2018 da mesma Corte Superior, prolatado pela 3ª Turma e tendo como Relator o Ministro Villas Bôas Cueva. Como consta do trecho final do seu voto, "a companheira, ora recorrida, é de fato a herdeira necessária do seu ex-companheiro, devendo receber unilateralmente a herança do falecido, incluindo-se os bens particulares, ainda que adquiridos anteriormente ao início da união estável" (STJ, REsp. n. 1.357.117/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 13/03/2018, *DJe*

26/03/2018).

Assim, em arremate final, por todos os posicionamentos expostos, sejam doutrinários e jurisprudenciais, não restam dúvidas de que, com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o convivente foi alçado à condição de herdeiro necessário, mesmo não estando expressamente prevista no rol do art. 1.845 a própria codificação material. O julgamento da nossa Corte Máxima não traz dúvidas quanto a isso, mesmo em relação aos que antes eram céticos quanto a tal afirmação doutrinária, caso deste autor. Neste momento, é necessário saber interpretar o entendimento do STF, mesmo que à custa de posições doutrinárias anteriores, sempre em prol da socialidade e da efetividade do Direito Civil.