

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A QUESTÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO E DO CÓDIGO CIVIL

INGRID CAETANO DUARTE

RIO DE JANEIRO
2008

INGRID CAETANO DUARTE

**A QUESTÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO E DO CÓDIGO CIVIL**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Francisco Amaral

RIO DE JANEIRO

2008

Duarte, Ingrid Caetano.

A Questão Sucessória do Companheiro à Luz da
Constituição e do Código Civil – 2008.

71 f.

Orientador: Francisco Amaral

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 70-71

1. Sucessões - Monografias. 2. Herança. 3. União Estável. I. Duarte, Ingrid Caetano. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito.

CDD – 342.165

INGRID CAETANO DUARTE

A QUESTÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO E DO CÓDIGO CIVIL

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Prof. Francisco Amaral – Orientador

Prof. Flávio Martins

Prof.

A minha mãe, Beatriz, que tornou esta realização possível e que sempre esteve ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Às minhas amigas pela força e pelos ótimos momentos, sempre.

Às pessoas queridas pela paciência e pelo incentivo nas horas de desânimo.

À minha família tão amada por estar sempre por perto, mesmo quando longe.

RESUMO

DUARTE, Ingrid Caetano. *A Questão Sucessória Do Companheiro À Luz Da Constituição E Do Código Civil*. 2008. 71 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho visa discutir e analisar os direitos conferidos ao cônjuge e ao companheiro no ordenamento jurídico em vigor, abordando tanto a nossa Constituição quanto as leis esparsas e os Códigos Civis de 1916 e de 2002, bem como, de forma comparativa, estabelecer um paralelo entre os direitos do companheiro e os do cônjuge supérstite. Dentre todas as Constituições que se sucederam no século XX, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira que estabeleceu a **família** como a base da sociedade, mas não somente a família matrimonial: estabeleceu também outras espécies de entidades familiares, como a união estável. Esta inovação trouxe igualmente dúvidas e uma delas é se o companheiro sobrevivente é herdeiro necessário, tal qual o cônjuge. E, ao final desta monografia, será possível chegar à conclusão se o companheiro sobrevivente é herdeiro necessário consoante a legislação em vigor através de toda a análise realizada. Para tanto, haverá a seguinte divisão: a) No primeiro capítulo será analisada a sucessão hereditária do companheiro no Código Civil de 1916, na Constituição Federal de 1988, nas Leis reguladoras da matéria publicadas após a Constituição, quais sejam as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, e por fim, no atual Código Civil; b) No segundo capítulo, estará a análise da sucessão do cônjuge no Código Civil de 1916 e no atual Código Civil de 2002, promovendo uma comparação entre as legislações abordadas no trabalho; c) No terceiro e último capítulo, será discutida a constitucionalidade das diferenças entre os direitos do cônjuge e os do companheiro, levando-se em consideração as regras dispostas nas leis vigentes e o conceito moderno de família, a fim de que se possa chegar à conclusão acerca da condição do companheiro como herdeiro necessário ou não.

Palavras-Chave: Direito Civil – Monografias; Herança; Sucessão; União estável.

ABSTRACT

DUARTE, Ingrid Caetano. *A Questão Sucessória Do Companheiro À Luz Da Constituição E Do Código Civil*. 2008. 71 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph aims to discuss and analyze the rights granted to the spouse and companion in the legal system, accosting our Constitution, the sparse rules and the Civil Codes of 1916 and 2002, also in a matching way to establish a parallel between the rights of the companion and the surviving spouse. Among all the constitutions that have taken place in the twentieth century, the Federal Constitution of 1988 was the first who established the family as the basis of the society, not only to matrimonial family: also established other kinds of familiars entities. In this monograph will be reached the conclusion if the surviving companion is heir according to the legal system here analysis. To that end, there will be the following breakdown: a) In the first chapter analyzes the companion of hereditary succession in the Civil Code of 1916, the Federal Constitution of 1988, the rules regulating the field following the Constitution, which are the Laws and 8.971/1994 9.278/1996, and finally, in the current Civil Code b) In the second chapter, is the analysis of the succession of husbands in the Civil Code of 1916 and the current Civil Code of 2002, promoting a comparison between the laws addressed in the work c) In the third and final chapter, you discussed the constitutionality of the differences between the rights of the spouse and companion, taking into consideration the rules laid down in rules and the modern concept of family, so that we can reach the conclusion about the condition of the companion as heir necessary or not.

Keywords: Direito Civil – Monografias; Herança; Sucessão; União estável.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO.....	16
2.1 O direito de herança garantido pela Constituição Federal de 1988: artigo 5º, XXX.....	16
2.2 O direito sucessório do companheiro à luz da Constituição Federal e do Código Civil de 1916.....	17
2.3 Análise comparativa das Leis 8.971/94 e 9.278/96.....	19
2.4 O direito sucessório do companheiro no Código Civil de 2002.....	28
3 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ANÁLISE COMPARATIVA COM OS DIREITOS DO CÔNJUGE.....	36
3.1 Os direitos sucessórios do cônjuge no Código Civil de 1916.....	36
3.1.1 <u>O cônjuge como herdeiro único</u>	37
3.1.2 <u>O cônjuge como usufrutuário</u>	41
3.1.3 <u>O cônjuge supérstite e o direito real de habitação</u>	47
3.2 Os direitos sucessórios do cônjuge no Código Civil de 2002.....	52
3.3 Análise comparativa dos direitos sucessórios do companheiro abordando o Código Civil de 1916, a Lei 8.971/94, a Lei 9.278/96 e o atual Código Civil.....	58
4 CONCLUSÃO A PARTIR DA CONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO NA QUESTÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO	62
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

I – INTRODUÇÃO

Inegável é a transformação sofrida pelo instituto “família” durante o século XX, no Brasil. Até bem pouco tempo atrás, não havia a possibilidade do divórcio, a família monoparental não era reconhecida constitucionalmente, assim como a união estável vivida por um casal.

O Código Civil de 1916 foi profundamente influenciado pelo Direito Canônico, que só reconhecia como família aquela advinda do laço matrimonial. De tal forma, o Estado só concedia proteção aos de fato casados, marginalizando as famílias “informais”.

O advento das Leis 4.121 de 1962 e 6.515 de 1977, respectivamente conhecidas como o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio, foi um presságio do que estava por vir, adaptando a lei à realidade e aos novos tempos.

Então, com a Constituição Federal de 1988, surgiu a possibilidade de se admitir, constitucionalmente, a união informal entre homem e mulher. Em seu artigo 226, §3º, a Carta Magna reconhece a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, regulamentando a situação de casais que abriram mão das formalidades do casamento civil.

No entanto, tal regulamentação foi feita de forma carente, ainda desprestigiando aqueles que, por uma opção, não formalizaram sua união com seu companheiro, isto é, não se casaram.

Em 1994 foi publicada a primeira lei, a Lei 8.971, reguladora dos direitos dos companheiros – assim designados após a Constituição de 1988 – e dos alimentos e da sucessão do companheiro falecido, com apenas cinco artigos.

Em seguida, em 1996, foi publicada nova lei, a Lei 9.278, regulando o já citado §3º do artigo 226 da Carta Maior. Esta, com dez artigos, do mesmo modo deixou lacunas em relação ao tema repleto de peculiaridades¹.

¹ Além destas, há inúmeras leis esparsas que foram, aos poucos, reconhecendo os direitos dos companheiros, como: 1) a Lei 4.069/62, art. 5º §§ 3º e 4º, que permitiu pensão por morte de militar para companheira; 2) as Leis 4.242/63, art. 44 e 4.862/65, art.3º, que permitiram o abatimento no imposto de renda de quem tivesse a companheira como dependente; 3) a Lei da Previdência, que permite a inscrição da companheira como dependente (Lei 3.807/60, art. 11, I, §§ 3º e 4º e Dec. nº 60.501/67, art. 13, II, §§ 3º e 4º). CIOTOLA, Kátia Regina da Costa Silva. *O concubinato e as inovações introduzidas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96*. 3ª ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999. p. 17-20.

Mesmo com as modificações trazidas pelo Código Civil de 2002, a situação do companheiro não avançou muito. Ainda há relevantes distinções em relação à questão sucessória do cônjuge e a do companheiro, que será profundamente analisada desde o Código Civil de 1916 até o atual Código.

O Código Civil de 1916 somente admitia como entidade familiar aquela oriunda do matrimônio civil, único laço legítimo e legal de constituir família e apenas quem era ligado por tal vínculo era reconhecido pelo nosso ordenamento e pela sociedade, de modo geral, como “família”.

Desta forma, a união estável, conhecida como concubinato antes do advento da Constituição Federal, apesar de existir concretamente, não tinha expressão no âmbito do Direito de Família, tampouco no Direito das Sucessões. Apenas surtia efeitos no campo obrigacional.²

Podem-se ressaltar poucos casos em que o concubinato era citado no Código Civil de 1916: (i) o artigo 363, I, previa a possibilidade dos filhos ilegítimos demandarem o reconhecimento da filiação, desde que a mãe estivesse concubina com o pai ao tempo da concepção; (ii) conforme o artigo 1.177, o cônjuge poderia anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, no prazo de até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal; (iii) o artigo 1.719, III, estabelecia que não poderia ser nomeada herdeira ou legatária a concubina do testador casado; e (iv) o artigo 183, VII, proibia o casamento do cônjuge adúltero com o seu có-reu, por tal crime condenado. Cabe ressaltar que, hoje, o referido artigo teria perdido sua eficácia, uma vez que o crime de adultério foi revogado pela Lei 11.106 de 2005.

Não sendo as relações concubinárias reconhecidas como relações familiares, seus sujeitos não detinham os direitos dados àquelas pessoas casadas civilmente. Um desses direitos era a sucessão legítima.

Contudo, segundo Ana Luiza Maia Nevares, citando Edgar de Moura Bittencourt, ressalva o seguinte:

“Note-se que seria possível a concubina suceder ao seu concubino através da sucessão testamentária, se esse fosse solteiro, viúvo, ou tivesse a sua sociedade

² DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 5º vol.

conjugal já dissolvida ao tempo de sua morte. A capacidade passiva é verificada no momento da abertura da sucessão”.³

De fato, o concubinato puro sempre existiu, muito embora não fosse bem visto pela sociedade. Por esta razão, demorou tempo suficiente para ser legalmente reconhecido e regularizado.

Esta falta de reconhecimento do concubinato puro como entidade familiar desencadeou um desequilíbrio, por muitas décadas, entre a legislação vigente e a realidade. Em uma sociedade em que o casamento era soberano, o concubinato era visto como uma situação social inferior, sendo aquele, a única forma de constituir família e de ter a preferência do legislador.⁴

Contudo, a percepção de família foi se transformando. Aquela família tradicional, grande, com o típico *pater familias* cedeu lugar à família nuclear, formada pelo pai, pela mãe e pelo filho. Juntamente com essa transformação, estavam à margem pessoas que viviam em família, mas que não possuíam este *status*.

Ou seja: o concubinato puro, hoje união estável, era uma família de fato, mas não uma família de direito, pois apesar de existir e fazer parte da sociedade, não tinha os mesmos direitos que a família formada pelos laços matrimoniais.

E o que inicialmente era reprovado, “*sendo muitas vezes relatado pela História como uma forma de devassidão, ligando-se o nome da concubina à prostituição, à mulher devassa ou à que se deitava com vários homens, ou mesmo, a amante, a outra*”⁵, passou a ser admitido e, ainda que lentamente, foram sendo reconhecidos alguns efeitos a este concubinato, os quais poderão ser vistos a seguir.

A princípio, podem ser destacadas as leis que conferiram à concubina o direito de receber indenização no caso de falecimento do concubino em virtude de acidente de trabalho, como é o caso do Decreto-Lei 7.036/44 e no mesmo sentido o verbete 35 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

³ NEVARES, Ana Luiza Maia. “A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional”. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 11.

⁴ VIANA, Marco Aurélio S. “Da União Estável”. São Paulo: Saraiva.1999. p. 22.

⁵ SOUZA, Aida Maria Loredo Moreira de. “Aspectos Polêmicos da União Estável”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2000. p. 19.

No mesmo caminho estão os direitos previdenciários que passaram a ser garantidos à concubina, vide a Lei 4.297/63 e 77.077/76. Curioso lembrar que o extinto Tribunal Federal de Recursos chegou a admitir decisão no sentido de dividir a pensão previdenciária entre esposa e companheira, conforme se depreende da leitura do verbete 159 da Súmula, *in verbis*:

“É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos”.

Os tribunais, até então sem a regularização da união concubinária, se viram no papel de criarem manobras a fim de solucionar os impasses que lhes eram demandados, suprindo a carência da legislação.

A solução encontrada de forma prioritária estava no campo do Direito das Obrigações. A concubina ganhou o direito de ser indenizada pelos serviços prestados durante a união, tendo como base o princípio de vedação do enriquecimento sem causa. E fruto da sociedade de fato, ela passa a ter direito sobre o patrimônio constituído durante a união pelo esforço comum, consoante verbete 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Algumas soluções foram dadas com base no Direito de Família. No que se refere aos contratos de locação, por exemplo, a legislação anterior à lei 8.245/91 omitiu o companheiro na relação de pessoas legitimadas a suceder na locação do imóvel em virtude da morte do locatário, tendo contemplado apenas o cônjuge. Em alguns casos, a jurisprudência corrigiu esta omissão e, aplicando a analogia, incluiu o companheiro no rol dos legitimados, como se percebe nas ementas abaixo:

“Concubina - equiparação legal à mulher casada. Locação residencial ‘intuito familiae’, situação da concubina protegida pela lei como se se tratasse da mulher casada. Prova de a mesma reside no imóvel desde o início da locação” (TJRJ, Apelação Cível 1991.001.11743, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Torres de Mello, DJ 23.05.1991).

“Morte do locatário. Possível sucessão da companheira. Necessidade do chamamento judicial. Ato formal que não se confunde com o de simples ciência” (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 1989.002.00136, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcus Faver, DJ 15.03.1989)⁶.

Mas não é só. A Lei de Registros Públicos, lei 6.015 de 1973, em seu artigo 57, parágrafos 2º e 3º, conferiu à companheira o direito de acrescentar ao seu o nome e os apelidos do companheiro, desde que com a anuência deste e de que estivessem juntos há no mínimo cinco anos (justificando-se a estabilidade da relação), ou se tivessem filhos em comum.

Contudo, inquestionável é a importância do reconhecimento da união concubinária como entidade familiar, desde então chamada de união estável. E este reconhecimento legal só veio com a Constituição Federal de 1988, mais precisamente com o artigo 226, § 3º:

“§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 a sua conversão em casamento”⁷.

Tal reconhecimento faz com que a união estável (ou concubinária, conforme utilizada ao longo do texto) saia definitivamente do campo do Direito das Obrigações e ingresse no campo do Direito de Família e lhes sejam aplicadas as regras pertinentes a este ramo do Direito. Como deve ser.

E a regra que terá especial tratamento neste trabalho é a referente à sucessão hereditária. É certo que os direitos sucessórios do companheiro só poderiam existir com o reconhecimento da união estável como entidade familiar. Todavia, não havia lei que regulamentasse a matéria e passou-se a discutir a aplicabilidade, ou melhor, a auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional que representa verdadeiro marco na história da união estável, na falta de referida lei.

⁶ In www.tj.rj.gov.br.

⁷ Cabe salientar, muito embora expressamente dito, que a união estável reconhecida pela Constituição Federal de 1988 é a existente entre homem e mulher. No que tange à união de pessoas do mesmo sexo ainda há intensa e constante discussão.

Na ânsia de solucionar esta questão, os que defendiam a auto-aplicabilidade do artigo 226, § 3º passaram a admitir os direitos sucessórios do companheiro fazendo uma analogia aos direitos sucessórios dos cônjuges:

“Agravado de instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do Novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Negaram provimento. (Agravado de Instrumento Nº 70009524612, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/11/2004)”⁸.

“União estável. Sucessão. Ausentes ascendentes ou descendentes, o companheiro tem direito a meação e a herança, afastando os colaterais. Auto-aplicabilidade do parágrafo 3 do artigo 226 da CF. Retroação dos efeitos da lei 8971/94. Companheiro equiparado ao cônjuge (art-1603, inciso II, CC). (Apelação Cível Nº 596179739, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 10/04/1997)”⁹.

“União estável e entidade familiar. O casamento civil é tomado como paradigma para balizar as relações econômicas e pessoais entre os concubinos que vivem como se casados fossem. A participação do convivente na partilha dos bens não decorre da participação econômica, mas na condição de convivente, e o carinho, o apoio, a dedicação ao lar, os cuidados com o companheiro, o estímulo nos momentos difíceis e o compartilhar deles, o dividir sonhos e angústias, enfim a própria arte da convivência configura justificativa moral plena para a divisão do patrimônio adquirido durante a vida em comum. Nem o vínculo afetivo prolongado, nem os presentes, nem o lazer, nem o auxílio econômico que possa ter sido prestado por um ou outro, constituem justificativa moral e juridicamente válida para o autor reclamar a divisão do patrimônio. O autor reclama a meação dos bens e também a condição de único herdeiro sob o argumento de ter mantido união estável. Concubinato adulterino e incompatível com o instituto da união estável e, além disso, o óbito foi anterior a edição da

⁸ In, www.tj.rs.gov.br

⁹ In, www.tj.rs.gov.br

lei n-8971/94. Inteligência do art-1577 do cbb. Pedido juridicamente impossível. Recurso provido. (Embargos Infringentes Nº 596211136, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/04/1997)¹⁰.

Após alguns anos de carência e de muita analogia em aplicação, em 1994 e 1996, com o advento das respectivas Leis 8.971 e 9.278, alguns direitos sucessórios dos companheiros foram efetivamente legalizados.

Primeiramente, a Lei 8.971/94, com seus poucos artigos, regulou o direito a alimentos e à sucessão. O artigo 2º da mencionada lei dispõe o seguinte: (i) o companheiro terá direito a quarta parte dos bens do *de cuius* se houver filhos deste ou do casal e enquanto não constituir nova união estável; (ii) terá direito à metade dos bens em usufruto se não houver filhos, ainda que sobrevivam ascendentes e enquanto não constituir nova união estável; e (iii) na falta de filhos e ascendentes terá direito à totalidade da herança.¹¹

Ou seja, o companheiro passa a ter o direito de usar e gozar de um quarto ou da metade da propriedade, conforme o caso, mas não pode dispor dela. Os demais herdeiros ficam com a nua propriedade e os três quartos ou a outra metade ficam em propriedade plena.

Em seguida, a Lei 9.278/96, que regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, parágrafo único, determina que o companheiro sobrevivente terá direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à habitação da família, enquanto viver ou não constituir nova união estável ou casamento. O companheiro passou a ter o direito de continuar residindo no imóvel que era destinado ao lar da família.

O Código civil de 2002 regulou a sucessão do companheiro em seu artigo 1.790. Determina que o companheiro participará da sucessão do outro, no que tange aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, nas condições dispostas em seus respectivos incisos:

¹⁰ In, www.tj.rs.gov.br

¹¹ O caso em que terá o direito à totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes se condiciona ao *de cuius* não ter deixado testamento. Isto porque, não se pode esquecer de que este poderia ter disposto de seus bens, nomeando outro herdeiro que não o companheiro sobrevivente. Neste caso, teria de ser respeitada a vontade do testador, hipótese em que o companheiro não receberia a totalidade da herança.

- 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..

Cabe apenas citar que há discussão em relação aos incisos III e IV, no que se refere aos bens que serão herdados. A questão é se o companheiro herda a totalidade da herança ou herda apenas os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, conforme determina o *caput* do artigo 1.790. Há quem sustente que tais incisos devem ser lidos e interpretados isoladamente do *caput* e, nesta hipótese, o companheiro herdaria a totalidade da herança (bens adquiridos antes e durante a união estável) e não apenas os bens adquiridos a título oneroso na vigência da relação. No momento, é o que cabe mencionar, visto que tal tema será abordado com todas as suas especificidades devidas mais adiante.

Pelo o que foi exposto, pode-se observar que o presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise dos direitos sucessórios do companheiro no ordenamento jurídico pátrio, abordando o texto constitucional, a legislação esparsa e os direitos sucessórios do cônjuge, para que assim, possa estabelecer um paralelo entre as situações sucessórias de cada um, concluindo, então, se o companheiro é ou não herdeiro necessário sob a égide do atual Código Civil.

CAPÍTULO II - OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO

2.1 O direito de herança garantido pela Constituição Federal de 1988: artigo 5º, XXX

Segundo Caio Mário da Silva Pereira¹², “**herança** é o conjunto patrimonial transmitido *causa mortis*. (...) Numa especialização semântica, como equivalente a espólio, traduz a universalidade de coisas (*universitas rerum*), até que a sua individualização pela partilha determine os quinhões ou pagamentos dos herdeiros”.

Trata-se de direito fundamental. A Carta Magna, com seus princípios da igualdade, da não discriminação e da neutralidade garantiu o direito de herança a todos os filhos, advindos ou não do casamento, assim como instituiu a família como a base da sociedade.

Previsto no artigo 5º, inciso XXX, tem por objetivo impedir que a sucessão em decorrência da morte seja suprimida do ordenamento jurídico brasileiro com a transferência dos bens para o estado após a morte do indivíduo: “*Tais bens deverão ser transmitidos aos sucessores do finado, conforme as prescrições da lei civil, só passando para o ente público na ausência dos sucessores legais ou testamentários, hipótese em que a herança será vacante*”.¹³

O direito à herança é o corolário da garantia da propriedade privada funcionalizada, tendo em vista que a herança será particularizada e não estará sujeita a apropriação pelo estado, como já dito. Caso se admitisse a transferência dos bens para o ente público, estar-se-ia caindo em incongruência. Ora, a pessoa em toda sua vida teve a sua propriedade e após a morte, seus herdeiros nada disso terão.

Ana Luiza Maia Nevares, ao citar Marco Comporti, ressalta:

“(...) todos os ordenamentos jurídicos antigos e modernos prevêm largamente o instituto da sucessão hereditária, seja pelo reconhecimento de uma propriedade privada, que não cessa com a morte do proprietário, seja pela

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Direito Civil”. Volume VI. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007. p. 3

¹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 32.

necessária continuação para além da morte das relações jurídicas econômicas, com uma regra de certeza no tempo quanto ao adimplemento das obrigações”.¹⁴

Relevante salientar que o direito à herança não pode ser abolido da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o artigo 60, § 4º, inciso IV, que dispõe acerca das clausulas pétreas.

2.2 O direito sucessório do companheiro à luz da Constituição Federal e do Código Civil de 1916

Consoante dito anteriormente, na parte introdutória do presente trabalho, o companheiro não possuía direitos sucessórios sob a égide do Código Civil de 1916. Como já explanado, a família oriunda da união estável não era reconhecida por nosso ordenamento jurídico.

O Código anterior limitava-se a mencionar o companheiro apenas para aquilo que era proibido em relação a ele, como no caso, por exemplo, do artigo 1.177, que possibilitava o cônjuge anular a doação de um bem feita pelo outro a sua companheira; ou, na impossibilidade de ser nomeada herdeira ou legatária a concubina do testador casado (artigo 1.719); ou ainda, no caso de reconhecimento de filiação, desde que a mãe fosse concubina do pai no momento da concepção, conforme artigo 363, I.¹⁵

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a situação tendia a mudar, vez que a união estável ganhou *status* de família para fins de proteção do Estado. O Direito de Família, assim, tem a entidade familiar como gênero, cujas espécies são o casamento, a união estável e a comunidade de um dos pais com seu(s) filho(s), a família monoparental.¹⁶ E com isso, passou-se

¹⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 33.

¹⁵ Entretanto, José Maria Leoni Lopes, em sua obra, ressalta: “Tratando-se de companheira, não incidem os arts. 1.177, 1.474 e 1.719, III, do Código Civil que nulificam as doações, seguros ou legados à concubina. Neste sentido, decidiu a Suprema Corte, em voto lapidar do Ministro Antônio Neder”. Em: OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. “Alimentos e sucessão no casamento e na união estável”. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 1999. p. 208.

¹⁶ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Op. cit., p. 205.

a admitir, mas não de forma uníssona¹⁷, direitos sucessórios ao companheiro em analogia com os direitos sucessórios do cônjuge, como também já mencionado anteriormente.

A Constituição Federal, assim, passa a ser fundamento para a inclusão do companheiro na linha sucessória do falecido.

Contudo, até a chegada da Lei 8.971/94, que regula a sucessão do companheiro em seu artigo 2º, a situação do companheiro no que tange à matéria, permanecia, de certa forma, no limbo jurídico. Isto porque, em que pese a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, reconhecer a união estável como entidade familiar, não havia aparato legal para a concessão dos direitos sucessórios ao companheiro e sua conseqüente inclusão na linha sucessória do falecido, uma vez que a redação constitucional limitava-se a reconhecer a união estável como entidade familiar (o que já foi um enorme avanço!) e não garantiu expressamente os direitos sucessórios do companheiro.

Se o já citado verbete 380 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que previa a partilha do patrimônio adquirido onerosamente durante a existência da sociedade de fato, estava sendo utilizado no caso de sua dissolução, não haveria razão para que também não fosse aplicado em se tratando do falecimento de um dos conviventes.¹⁸

¹⁷ Em posição contrária à seguinte ementa: “PROCESSO CIVIL. DESERÇÃO. Se no momento da interposição do recurso, o processo estava suspenso, o respectivo prazo não fluía, nem conseqüentemente o do preparo; tempestivo, portanto, o recurso cujas custas foram recolhidas no dia seguinte ao da interposição, ainda durante o prazo de suspensão do processo. CIVIL. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. COMPANHEIRO. Antes da Lei nº 8.971, de 1994, o companheiro não pode ser equiparado ao cônjuge para fins sucessórios. Recurso Especial conhecido e provido.” STJ. REsp 403049/SP, Terceira Turma. Rel. Min. Ari Pargendler, Dj 03.12.2002, in www.stj.gov.br.

¹⁸ “Direito Civil. Sucessão. Art. 1.777 do Código Civil. Imóvel que não cabe no quinhão de um dos herdeiros. Venda judicial com repartição do produto ou adjudicação ao herdeiro que requerer. Reposição aos outros herdeiros em dinheiro da diferença que houver entre o valor do bem e a cota-parte do adjudicatário. Recurso acolhido. Representação por estirpe. Sobrinhos-netos. Processo Civil. Impossibilidade de revolver-se matéria de fato no recurso especial. Súmula/STJ enunciado nº 7. Omissão alegada em recurso especial não agitada em embargos declaratórios. Ausência de prequestionamento. Recurso desacolhido. I - Segundo estabelece o art. 1.777, CC, ‘o imóvel que não couber no quinhão de um só herdeiro, ou não admitir divisão cômoda, será vendido em hasta pública, dividindo-se-lhe o preço, exceto se um ou mais herdeiros requerem lhe seja adjudicado, repondo aos outros, em dinheiro, o que sobrar’. **Ocorrendo as condições fáticas pertinentes, é de deferir a adjudicação à postulante, que por aproximadamente trinta anos, como companheira, conviveu "more uxório" com o "de cujus"**. II - Afirmando o acórdão que os filhos de determinada herdeira, irmã pré-morta do "de cujus", já foram contemplados na partilha, não há, independentemente da tese da representação por estirpe, como examinar a pretensão sem revolvimento dos fatos da causa, procedimento vedado no âmbito do apelo especial. III - Se o acórdão foi omissivo em analisar questão suscitada pelas partes, cumpre sejam oferecidos pelos interessados os embargos de declaração competentes, a fim de sanar-se a irregularidade, não sendo hábil a

Neste período havia uma dicotomia latente no mundo jurídico: ou se defendia a auto-aplicabilidade do artigo 226, § 3º da Carta Maior¹⁹ e concediam-se direitos sucessórios do cônjuge ao companheiro, ou se defendia que o companheiro não teria direitos sucessórios, uma vez que não havia regulamentação para tanto.

A verdade é que a situação apenas se estabilizou com a edição da Lei 8.971/94 que conferiu direitos sucessórios ao companheiro em seu artigo 2º, transcrito abaixo:

“Artigo 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.”²⁰

Desta forma, a situação do companheiro, no tocante à sucessão do companheiro falecido, sai do limbo jurídico e ganha aparato expresso e legal, não sendo mais necessário conferir direitos sucessórios ao companheiro por analogia com os do cônjuge, na tentativa de solucionar os conflitos pertinentes à matéria.

2.3 Análise comparativa das Leis 8.971/94 e 9.278/96

Os direitos sucessórios dos companheiros só foram efetivamente garantidos com a edição das Leis 8.971 de 1994 e 9.278 de 1996. A primeira regula o direito dos companheiros a

interposição do recurso especial o qual, no ponto, carece do necessário prequestionamento”. REsp 91976 / SP, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, 23.09.1998, DJ 18.12.1998 p. 358.

¹⁹ Neste sentido: “União estável. Sucessão. Ausentes ascendentes e descendentes, o companheiro tem direito à meação e à herança, afastando os colaterais. **Auto-aplicabilidade do parágrafo 3º do artigo 226 da CF.** Retroação dos efeitos da lei 8.971/94. **Companheiro equiparado ao cônjuge.** (art. 1603, inciso II, CC). (TJRS. Apelação Cível nº 596179739, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, DJ 10.04.1997), in www.tj.rs.gov.br.

²⁰ Ver nota de rodapé nº 10.

alimentos e à sucessão, enquanto a segunda regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, como já dito.

O artigo 1º da Lei 8.971/94 determina que a companheira que convive há cinco anos ou que possua filhos em comum, terá direito a alimentos. Para tanto, condicionava o estado civil do falecido ao *status* de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Isto porque, não poderia se admitir que algo já tão controverso gerasse mais um dilema, qual seja uma espécie de poligamia.

Posteriormente, o artigo 1º da Lei 9.278/96 reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua entre homem e mulher, tendo como objetivo a constituição de família. Nota-se que o referido artigo não faz menção ao estado civil do *de cuius*. E, assim, segundo doutrina unânime, não mais se exigiu a qualidade de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo do companheiro. Entretanto, José Maria Leoni Lopes de Oliveira, em sua obra pondera que “*parece claro que não estará configurada a união estável entre um homem casado que mantém seu casamento, residindo com sua esposa*”²¹, tendo em vista a necessidade de uma convivência *more uxório*.

Em 1994, o tratamento dado à sucessão do companheiro seguia o artigo 2º da Lei 8.971, já transcrito anteriormente. Assim, foi conferido ao companheiro o usufruto vidual nos mesmos moldes do usufruto conferido ao cônjuge pelo artigo 1.611, §1º do Código Civil de 1916. Ou seja, o companheiro, bem como o cônjuge, terá o direito de usar e de gozar de parte da propriedade, não podendo dispor dela. Trata-se de direito real sobre coisa alheia. O companheiro, no caso em questão, é herdeiro legítimo (em relação ao usufruto), não podendo ser afastado da herança, salvo nos casos de deserdação e indignidade.²²

No entanto, o artigo supra citado não leva em consideração as relações patrimoniais, diferentemente do artigo relativo ao cônjuge que faz menção ao regime de bens. O cônjuge só receberia o bem em usufruto se fosse casado em regime diferente do da comunhão universal.

²¹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Op. cit., p. 217.

²² “Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.” Art. 1.741 do Código Civil de 1916, correspondente ao 1.961 do Código Civil de 2002.

Impende observar que a palavra *filhos*, presente nos incisos I e II do artigo 2º da Lei 8.971/94, *a priori*, deve ser entendida como *descendentes*.²³

É interessante destacar que o Superior Tribunal de Justiça entendia que se o cônjuge tivesse sido beneficiado em testamento ou, se através de sua meação tivesse ficado garantida a sua sobrevivência, não teria direito ao usufruto vidual, já que o objetivo deste é a manutenção da sobrevivência. É o que se observa da leitura abaixo:

“Inventário. Usufruto vidual. Regime de comunhão parcial. Viúva meeira nos aqüestos. **Reconhecida a comunhão dos aqüestos, não tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão universal de bens, direito ao usufruto vidual, previsto no art.16.11, parágrafo 1º, do Código Civil. Precedente do STF.** Recurso especial não conhecido.” (STJ, RESP 34714 / SP. Quarta Turma. Rel. Min. Barros Monteiro. DJ 25.04.1994).²⁴

“**Regime de bens. Comunhão de aqüestos. Súmula 377. Inexistência do direito ao usufruto nos termos do art. 1.611, parágrafo 1º do CC. Reconhecida a comunhão dos aqüestos, moveis e imóveis, existentes no Brasil, onde se procede a partilha dos bens deixados por falecimento do cônjuge varão, não tem a viúva meeira, ainda que casada no estrangeiro em regime de separação de bens, direito ao usufruto de parte dos bens do cônjuge falecido, nos termos do art. 1.611, parágrafo 1º, do Código Civil.** Recurso extraordinário não conhecido”. (STF, RE 100099 / RJ Rel. Min. Rafael Mayer. DJ 28.06.1984).²⁵

Se por um lado uma lei confere o usufruto, a outra confere o direito real de habitação:

“Art. 7, parágrafo único, Lei 9.278/96: 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”.

Neste aspecto, o direito real de habitação conferido ao companheiro, também o fora nos moldes do direito real de habitação conferido ao cônjuge, vide artigo 1.611, § 2º. Tal direito é relativo ao imóvel destinado à residência da família, “*independentemente do número de imóveis*”

²³ *A priori*, porque há discussão acerca do sentido que se deve levar em conta ao analisarmos a palavra *filhos*: se devemos entendê-la no sentido literal ou como descendentes.

²⁴ In, www.stj.gov.br

²⁵ In, www.stf.gov.br

residenciais existentes no acervo hereditário”.²⁶ O companheiro, bem como o cônjuge, pode continuar residindo no imóvel após a morte do outro. Aqui, também não foram levadas em consideração questões patrimoniais.

Ana Luiza Maia Nevares, em sua obra, lembra que:

“...nas hipóteses de sucessão na união estável, melhor disciplina seria aquela em que o direito real de habitação incidisse sobre bem imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem desta natureza a inventariar, quando há bens imóveis comuns entre os consortes; não os havendo, a lei deveria prever a incidência do direito real de habitação sobre imóvel destinado à residência da família, independentemente do número de imóveis desta natureza presentes no acervo hereditário.

Note-se, no entanto, que o imóvel deve pertencer ao autor da herança, devendo estar destinado à residência da família no momento do óbito.”²⁷

A crítica que se faz sobre o assunto é relativa à constitucionalidade duvidosa deste parágrafo único, do artigo 7º, da Lei 9.278/96. Parte da doutrina sustenta sua inconstitucionalidade por conferir mais direitos sucessórios ao companheiro do que ao cônjuge casado sob regime que não o da comunhão universal. Este cônjuge, casado em regime diverso do da comunhão universal de bens, só terá direito ao usufruto de um quarto ou de metade dos bens, conforme o caso, enquanto o companheiro terá o direito real de habitação. Cabe dizer que o cônjuge que tiver o direito real de habitação, não terá prejuízo no que tange à sua participação na herança.

Vale salientar que, em que pese a inclusão do cônjuge no rol de herdeiros, de um modo geral, este não era herdeiro necessário sob a égide do ordenamento civil de 1916.²⁸ Para suceder era preciso que não existissem ascendentes ou descendentes, já que era o terceiro na ordem da vocação hereditária do artigo 1.603 do Código Civil. E não é só. Era herdeiro facultativo tendo

²⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. “A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional”. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p. 155.

²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 155/156.

²⁸ De um modo geral, porque no que se refere ao usufruto viual, é possível dizer que o cônjuge era herdeiro necessário. Admitindo-se que irá receber sua parcela dos bens em usufruto, ainda que tenha sido contemplado pelo *de cuius* ainda em vida por meio de doações ou por *causa mortis*, hipótese de ter sido contemplado por testamento, ou ter sido beneficiado pelo regime de bens do casamento. Analisaremos mais adiante o tema.

em vista a possibilidade de ser afastado da herança, bastando para tal que o falecido dispusesse de seu patrimônio sem o contemplar, consoante artigo 1.725 do Código Civil de 1916.

Em decorrência disto, surge uma corrente que diz que o direito real de habitação deve ser conferido ao cônjuge independentemente do regime de bens²⁹, atendendo à concretização de um direito fundamental à vida digna, caracterizando um valor maior que é o valor à moradia. O direito real de habitação deve ser estendido ao cônjuge para que este não fique em situação inferior a do companheiro. O que na prática acabava ocorrendo, visto que o companheiro, como já fora assinalado, sai da sucessão com o usufruto e o direito real de habitação, enquanto o cônjuge sai apenas com um ou com outro. O companheiro sai em total vantagem sobre o cônjuge e, salvo por uma questão de ordem legal, não há razão de sê-lo.

Na verdade, o debate é mais profundo e gira em torno da discussão acerca da existência ou não de hierarquia entre a família oriunda do casamento e a família oriunda da união estável, tendo em vista a exigência de uma série de formalidades para o casamento tais como a capacidade, processo de habilitação, proclamas, dentre outras, e seus efeitos, como o caso da emancipação. Conclui-se que a família oriunda do casamento é fruto de um ato formal, enquanto a família oriunda da união estável, não, o que será discutido no capítulo apropriado.

Outro debate interessante é o relativo ao inciso terceiro do artigo 2º da Lei 8.971/94 que determina que o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança se não houver descendentes e ascendentes. Questiona-se: o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança mesmo havendo testamento? O entendimento predominante é o de que o companheiro

²⁹ “Sucessão. Direito real de habitação sobre único imóvel residencial do casal, em que este morava até o decesso do cônjuge varão. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens do casamento. Direito assegurado em lei ao convivente sobrevivente (parágrafo único, art. 7º da Lei 9.278/96, que, com maior razão se reconhece ao cônjuge viúvo. Confirmação do julgado.” (TJRJ, AI nº 2005.002.13845, Décima Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Nascimento Povoas Vaz, DJ 11.10.2005), *in* www.tj.rj.gov.br.

“Direito real de habitação em imóvel que, após a morte de seu cônjuge, continua servindo de residência à viúva que nele vivia com aquele, usufrutuário vitalício do mesmo. Reconhecimento desse direito, em favor da viúva, ainda que de separação total fosse o regime de bens de seu casamento. Direito legalmente atribuído ao companheiro sobrevivente de união estável extinta por morte de um dos convivas (Lei 9.278/96, art. 7º, parágrafo único), que, com maior razão, há de se reconhecer ao cônjuge supérstite, qualquer que seja o regime de bens de seu casamento, uma vez dissolvido pela morte do outro. Hipótese em que o proprietário, em cujo patrimônio se consolidou a plena propriedade do bem, pela extinção do usufruto com o falecimento de seu titular, não pode reivindicar o imóvel residencial da viúva sobrevivente, enquanto ali residir e mantiver seu estado civil. Confirmação do julgado.” (TJRJ, AC nº 1998.001.00557, Décima Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Nascimento Povoas Vaz, DJ 07.04.1998), *in* www.tj.rj.gov.br.

terá direito à totalidade da herança desde que não haja testamento, porque o falecido pode ter disposto da parte disponível de seus bens, nomeando outros herdeiros que não o seu companheiro. Segundo Ana Luiza Maia Nevares:

“O sistema sucessório é informado pelo princípio da intangibilidade da legítima, que incide em uma parte do acervo hereditário. A outra parte integra a quota disponível, sobre a qual tem o autor da herança livre disposição, no exercício de seu direito de propriedade, garantido constitucionalmente. Um dispositivo que aniquilasse o poder do testador de dispor de seus bens através do testamento seria um atentado ao direito de propriedade e à livre iniciativa, consagrada a partir da autonomia privada, garantias constitucionais, consoante o disposto nos artigos 5º, *caput* e inciso XXII, e art. 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988. Dessa maneira, deve-se buscar uma interpretação em conformidade com as disposições constitucionais. Assim, entende-se que o art. 2º, inciso III, da Lei 8.971/94 não revogou o art. 1.576 do Código Civil de 1916, estando mantida, integralmente, a quota disponível do testador.”³⁰

A partir disso, indaga-se se o companheiro teria sido elevado à condição de herdeiro necessário em razão da não possibilidade de sua exclusão da herança quando não houver ascendentes e descendentes e tendo em vista a não existência nas leis de dispositivo semelhante ao artigo 1.725, do Código Civil de 1916, que permite a exclusão do cônjuge e dos colaterais da sucessão.

Marco Aurélio Viana entende que o companheiro não é herdeiro necessário, pois o cônjuge não é e a Constituição privilegia a família oriunda do casamento, razão pela qual o companheiro não pode ter direitos mais amplos, inclusive patrimoniais do que o cônjuge, como se depreende do texto abaixo:

“Por derradeiro, não é razoável que a lei especial venha a alterar o sistema de vocação hereditária no que diz respeito à disciplina da sucessão legítima, atingindo dispositivos do Código Civil e fugindo dos princípios básicos nesse território. Se incluir na ordem de vocação hereditária determinadas pessoas é admissível e vem de forma clara, o mesmo não se pode dizer em se tratando de dar ao convivente a situação de herdeiro. E isso porque, se o cônjuge é herdeiro facultativo, por que razão o convivente seria herdeiro necessário? A proteção que o Estado lhe assegura não poderia ir além da que garante ao cônjuge. É possível argumentar, contudo, que basta favorecer o cônjuge, também, considerando-se que tenha perdido a eficácia o art. 1.725 do Código Civil. Mais uma vez, contudo, dentro de uma escala de valores, não se encontra nenhuma

³⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 140/141.

explicação ou razão plausível para, por lei especial, e sem referencia objetiva, alterar o direito comum. Isso não é razoável.

A expressão *terá direito à totalidade da herança* não autoriza a interpretação favorável ao convivente como herdeiro necessário...

Entendemos por isso que o convivente é herdeiro facultativo, sendo convocado na ausência de descendente ou ascendente. Ele concorre à totalidade da herança, ou seja, aos bens havidos na constância da união estável e aos anteriores, e pode ter metade do patrimônio comum, inexistindo contrato escrito.”³¹

Outro não é o entendimento do professor Mário Roberto Carvalho de Faria³², José Maria Leoni de Oliveira³³ e tal é o entendimento da jurisprudência:

“Civil. Testamento. **Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens**; a companheira só tem o direito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira”. (STJ, Resp nº 191393 / SP, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. para Acórdão Min. Ari Pargendler, DJ 20.08.2001)³⁴.

“Agravamento Regimental - Agravamento de Instrumento - Sucessão Testamentária - Lei 8.971/94 - Perda do Objeto do Recurso por força de decisão que determinou o registro e inscrição do testamento.

I - Pretende a agravante, em verdade, é que se desconsidere o testamento deixado por seu companheiro, ao argumento de que com a Lei 8.971/94, a sucessão seria legítima e não testamentária. Contudo, tal não sucede posto que o referido diploma legal não institui a companheira como herdeira necessária, mas apenas a inclui na ordem da sucessão legítima ao lado do cônjuge sobrevivente.

II - Perda do objeto do recurso por força de decisão que determinou o registro e inscrição do testamento. Ademais, ressalta-se que está em vias de processamento, nesta Corte, outro recurso interposto da decisão referida no acórdão.

III - Agravamento Regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag nº 169771 / SP, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 22.09.1998).

³¹ VIANA, Marco Aurélio S. “Da União Estável”. São Paulo: Saraiva.1999. p. 64/65.

³² FARIA, Mário Roberto Carvalho de. “Direito das Sucessões”. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2004. p. 154.

³³ OLIVEIRA, José Maria Leoni de. “Alimentos e sucessão no casamento e na união estável”. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris. 1999. p. 243: “Como o convivente foi elevado à categoria de herdeiro, **mas não de herdeiro necessário**, pode ser ele afastado da sucessão através do testamento do *de cujus*. É evidente que continua o convivente sobrevivente a ter direito à metade do patrimônio do casal, por direito próprio, decorrente do regime patrimonial de bens dos conviventes”.

³⁴ In, www.stj.gov.br

Em sentido contrário, Aida Maria Loredo Moreira de Souza ³⁵ e o professor Caio Mário da Silve Pereira, como se observa do trecho a seguir transcrito:

“Esta norma inclui o (a) companheiro (a) no rol dos ‘herdeiros’, alterando a ordem do art. 1.603 do Código Civil. Entre os herdeiros legítimos, os necessários não poderão jamais ser afastados da linha sucessória. O sobrevivente não pode dispor de toda a herança, só da metade. Esta ‘meação disponível’ poderá ele atribuí-la a terceiros. Os *herdeiros necessários* somente poderão ser afastados da herança quando forem ‘justamente excluídos’ ou deserdados pelo testador.” ³⁶

É imprescindível trazer à discussão o debate existente na doutrina e na jurisprudência acerca da revogação ou não de uma lei pela outra. Teria a Lei 9.278 de 1996 revogado a Lei 8.971 de 1994? Como quase nada no Direito é unânime, há duas correntes para responder a esta pergunta:

1ª) A Lei 9.278/96 regulou inteiramente a matéria sobre união estável e apesar de não ter havido revogação expressa, houve revogação tácita da Lei 8.971/94 com base no artigo 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil.³⁷

Esta corrente é seguida por parte da doutrina, por parte do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Enunciado 01) e pelos promotores do Rio de Janeiro em encontro realizado em Volta Redonda.³⁸

2ª) A Lei 9.278/96 complementa a Lei 8.971/94. As leis convivem perfeitamente naquilo que não são contrárias. Houve, portanto, derrogação de uma lei pela outra.

Ana Luiza Maia Nevares entende que as leis convivem perfeitamente em matéria sucessória.³⁹ Compartilha do mesmo entendimento Marco Aurélio Viana:

³⁵ SOUZA, Aida Maria Loredo Moreira de. “Aspectos Polêmicos da União Estável”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2000. p. 83.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Direito Civil”. Volume VI. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007. p. 78.

³⁷ O § 1º do artigo 2º da LICC assim dispõe: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

³⁸ OLIVEIRA, José Maria Leoni de. Op. cit., p. 216.

³⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 136.

“A lei nova deu disciplina a todos os pontos abordados pela lei antiga, que, nesse particular, é derogada, mas não fez qualquer referência ao direito sucessório, que a lei anterior contempla de forma clara. Por isso mesmo não vemos como se possa falar, também, que a lei nova tenha criado um sistema inteiro, completo e diferente sobre o mesmo assunto contemplado pela lei antiga.”⁴⁰

Seguindo o mesmo raciocínio, José Maria Leoni Lopes explicita:

“(…) não há incompatibilidade absoluta no caso das leis sob análise, no que diz respeito ao direito sucessório dos companheiros e conviventes. (...) Não vemos incompatibilidade formal entre os direitos de propriedade e usufruto com o direito real de habitação. Pelo contrário, os três institutos convivem harmonicamente, tal como se dá em relação ao cônjuge, como se verifica do teor do art. 1.611 e seus parágrafos, do Código Civil.”⁴¹

Este também é o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementas abaixo:

“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. (STJ, Resp nº 418365 / SP. Terceira Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 28.04.2003).⁴²

“RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO DE HERANÇA. LEI 8.971/94. LEI 9.278/96.

- Com a entrada em vigor da Lei 9.278/96 não foi revogado o art. 2º da Lei 8.971/94 que garante à companheira sobrevivente direito à totalidade da herança, quando inexistirem ascendentes e descendentes.

- Quanto aos direitos do companheiro sobrevivente não há incompatibilidade entre a Lei 9.278/96 e a Lei 8.971/94, sendo possível a convivência dos dois diplomas.

Recurso especial não conhecido. (STJ, Resp nº 747619 / SP. Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 07.06.2005).⁴³

⁴⁰ VIANA, Marco Aurélio S. Op. cit., p. 17.

⁴¹ OLIVEIRA, José Maria Leoni de. Op. cit., p. 214.

⁴² In, www.stj.gov.br

⁴³ In, www.stj.gov.br

Vale lembrar que estas foram publicadas na vigência do Código Civil de 1916.

2.4 O direito sucessório do companheiro no Código Civil de 2002

Para falar da sucessão do companheiro é preciso destacar que a união estável foi regulada pelo Código Civil de 2002 nos artigos 1.723 a 1.727. Em linhas gerais, fica reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, em convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família, não sendo reconhecida a união caso ocorra um dos impedimentos previstos no artigo 1.521 do mesmo código. Importante mencionar que os separados de fato ou judicialmente não estão impedidos de constituírem união estável.

Mantendo a mesma linha da Lei 9.278/96, o artigo 1.725 do diploma em estudo, prevê que será aplicado à união estável o regime da comunhão parcial de bens, no que couber. Trata-se de presunção relativa, podendo receber tratamento diferente, caso haja contrato escrito elaborado pelos companheiros.⁴⁴ Visto isso, passa-se à análise da sucessão do companheiro no Código civil de 2002.

O artigo 1.790, referente ao tema, está no Livro V, Título I, Capítulo I do Código Civil de 2002, mais precisamente no capítulo sobre as *Disposições Gerais*. E, neste ponto, já há uma crítica a ser feita, qual seja a inclusão de tal dispositivo no capítulo referente às disposições gerais do Direito Sucessório, quando deveria estar no Título II, que trata da sucessão legítima.

⁴⁴ E assim sendo, observa Eduardo de Oliveira Leite que “se o legislador reconhece que, na união estável, pode ocorrer união de esforços na aquisição de bens, como no casamento, não é possível (ao menos no terreno da lógica) que desconheça a garantia da quarta parte da herança em relação ao companheiro. Se ao cônjuge supérstite é garantido este montante de quota hereditária, da mesma forma (por força do reconhecimento expresso do art. 1.725) aquele montante deve ser garantido ao companheiro.” *In*, LEITE, Eduardo de Oliveira. “Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões”. Coordenado por Salvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p.60.

Percebe-se, portanto, que o artigo está deslocado no referido diploma legal. Esta é a opinião de Washington de Barros Monteiro⁴⁵, Zeno Veloso⁴⁶, Caio Mário da Silva Pereira⁴⁷, Ana Luiza Maia Nevares⁴⁸ e Eduardo de Oliveira Leite⁴⁹.

O dispositivo supracitado determina que:

“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.

O *caput* do artigo sofre severas críticas no que diz respeito à participação do companheiro na sucessão do falecido apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Isto porque pode gerar injustiças, uma vez ser possível que não tenha sido construído um patrimônio comum durante a união estável e, com isso, o companheiro não herdará um bem sequer do falecido, caso este último não o tenha contemplado em um possível testamento.

⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. “Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões”. 35ª Edição, revista e atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 101.

⁴⁶ VELOSO, Zeno. “Do Direito Sucessório dos companheiros” em “Direito de Família e o Novo Código Civil”. Coordenadores Maria Berenice Dias e Rodrigo Cunha Pereira. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 249. “Inicialmente, é estranhável a colocação do artigo 1.790 e seus incisos, regulando a sucessão entre companheiros, no Capítulo denominado ‘Disposições Gerais’, da sucessão em geral. Numa conclusão que poderia ter sido do conselheiro Acácio, personagem de Machado de Assis, não devia o artigo 1.790 estar nas ‘Disposições Gerais’ porque de disposições gerais não trata. O artigo 1.790 tinha de ficar no Capítulo que regula a ordem de vocação hereditária.”

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Direito Civil”. Volume VI. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007. p. 154.

⁴⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 170.

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 53. “A crítica que se impõe na análise principal do citado artigo, certamente refere-se à má técnica legislativa que, equivocadamente, insere matéria nas ‘Disposições Gerais’, do Livro das Sucessões, quando na realidade, nada tem a ver o tema com disposições gerais e muito menos, na abertura de um livro do Código Civil. O artigo não é uma ‘Disposição’ e, muito menos ‘Geral’, bastando para tanto examinar seu conteúdo e o detalhismo excessivo que apresenta no transcorrer de seus quatro incisos. Uma disposição geral, como a própria expressão sugere, esgota-se na apresentação de enunciado amplo, de princípio genérico, aplicável a todas as demais espécies daí decorrentes. Não é o que ocorre no citado artigo 1.790.”

Cumpra-se ainda acrescentar que o companheiro ficará ao relento, pois o Novo Código Civil não repetiu dispositivos das Leis 8.971/94 e 9.278/96 que tratavam do usufruto e do direito real de habitação. Vale citar as palavras de Zeno Veloso sobre este aspecto:

“Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos pelo *de cuius* na vigência da união estável não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema, podendo gerar conseqüências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu outros bens durante o tempo da convivência. Ficará esta mulher – se for pobre – literalmente desamparada, mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento. O problema se mostra mais grave e delicado se considerarmos que o Novo Código Civil nem fala no direito real habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, ao regular a sucessão entre companheiros, deixando de prever, em outro retrocesso, o benefício já estabelecido no artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96”.⁵⁰

Determina o inciso primeiro que o companheiro terá direito a um quinhão equivalente ao que por lei for atribuído ao filho, se concorrer com filhos comuns. Nesta hipótese, herdam todos por cabeça e divide-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros.⁵¹

Especificamente em relação ao inciso em análise, há uma discussão se a palavra *filhos* deve ser entendida como descendentes ou não. E aqui a doutrina se divide. Mário Roberto Carvalho de Faria entende que o inciso I foi taxativo quando mencionou *filhos* e deve ser feita uma interpretação literal do texto da lei. Diz que se, por exemplo, o companheiro concorre somente com netos que sejam filhos de filhos comuns, a herança não será dividida em partes iguais, visto que não se aplica a regra da sucessão por cabeça e por direito próprio. Aplicar-se-á ao caso a regra contida no inciso III, que será analisada adiante. Segundo o autor, a doutrina ignora o texto da lei que se refere tão somente a filhos.⁵² Em sentido contrário, Caio Mário da Silva Pereira⁵³ e Ana Luiza Maia Nevares⁵⁴. Ambos entendem que a palavra *filhos* deve ser entendida como descendentes e a interpretação deve ser extensiva. Caio Mário defende sua

⁵⁰ VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 251.

⁵¹ FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 150. Segundo o autor, este parece ser o único caso em que a herança será dividida igualmente entre todos.

⁵² FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 151.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 157/158.

⁵⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 172.

opinião dizendo justamente o que Mário Roberto defende. Ele diz que entender a palavra filhos como não sendo descendentes seria enquadrar os descendentes mais remotos, como os netos, no inciso III, como sendo *outros parentes sucessíveis*, o que poderia gerar resultados absurdos, como o companheiro que concorresse com os netos receberia um terço da herança, enquanto o cônjuge que concorre com os netos recebe um quarto. Já Ana Luiza entende que nesse caso os outros descendentes comuns ficariam sem previsão legal, na hipótese de concorrerem com o companheiro. Para ela, aplicar o inciso III seria ferir a sistemática da lei, “*que teve em vista esgotar a categoria dos descendentes nos incisos I e II do art. 1.790*”. Não há razão para o tratamento diferenciado, já que todos são herdeiros necessários. Assim, para os dois autores, a herança deverá ser dividida por cabeça.

Parece que a intenção do legislador foi tratar filhos como filhos e não como descendentes. Desta forma, concorrendo outros descendentes que não filhos, aplica-se o inciso III. Em que pese a opinião dos mestres da segunda corrente, a defesa de determinada idéia no que se refere à sucessão do companheiro não deve ser feita com base na sucessão do cônjuge (como faz Caio Mário), tendo em vista o tratamento completamente diferenciado que é dado a ambas sucessões, a começar pela inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários e o companheiro não.

Concorrendo com descendentes só do autor da herança diz o inciso segundo que o companheiro terá direito à metade do que couber a cada um daqueles. Isto é, cada descendente herda o dobro do que herdar o companheiro sobrevivente. Mário Roberto de Faria frisa que “*é a metade do que couber a cada um dos descendentes e não de todos juntos.*”⁵⁵ Assim, havendo um descendente, este herdará dois terços e a companheira um terço da herança. Para facilitar o cálculo, utiliza-se o número 2 (dois) para cada descendente e o número 1 (um) para a companheira, de modo que esta receba a metade do que cada um daqueles receber.

Surge um problema quando há descendentes comuns e só do autor da herança. A lei não trata da hipótese e cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de solucionar tal impasse. Caio Mário da Silva Pereira diz que deve ser aplicado o inciso I do artigo 1.790 do atual dispositivo civil, partilhando por cabeça e por direito próprio em igualdade de condições para todos os herdeiros, sob o fundamento de que filhos comuns ou não, têm os mesmos direitos sucessórios com base no artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 e, por isso, o quinhão de todos os

⁵⁵ FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 152.

filhos e do companheiro *devem ser forçosamente iguais*. Considera-se ainda o fato de o Novo Código Civil não ter reservado uma quota mínima ao companheiro.⁵⁶

Determina o inciso terceiro que concorrendo com outros parentes sucessíveis, quais sejam, os não mencionados nos incisos anteriores, o companheiro terá direito a um terço da herança.

Por fim, o inciso IV estipula que na falta de parentes sucessíveis o companheiro terá direito à totalidade da herança. Nesta sede, discute-se se terá direito à totalidade da herança que engloba bens adquiridos anteriormente à união estável, durante ela e bens adquiridos a título gratuito ou se esta totalidade diz respeito somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Mário Roberto de Faria⁵⁷ e Zeno Veloso⁵⁸ entendem que se trata tão somente dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Cabendo a ressalva de que, na falta de cônjuge ou parentes sucessíveis, por força do artigo 1.844 do atual Código Civil, o companheiro herdará a totalidade da herança, o que inclui **TODOS** os bens do falecido, antes de ser devolvida ao Município ou ao Distrito Federal. Contrastando com esta opinião, está a do professor Caio Mário. De acordo com o professor, a fim de evitar que o companheiro, em determinados casos, não receba nada a título sucessório com o falecimento do outro, a expressão “totalidade da herança” deve englobar todos os bens do morto e não apenas aqueles adquiridos onerosamente durante o período da união.⁵⁹

Debate que interessa ao tema do trabalho é o que gira em torno da condição do companheiro como herdeiro necessário ou não, levando em consideração a sua exclusão do rol de herdeiros necessários do artigo 1.845 do Código Civil.

Acerca do tema é possível encontrar as mais diversas opiniões. Algumas defenderão a condição do companheiro como herdeiro facultativo, visto que a Carta Maior, em momento algum, pretendeu igualar o companheiro ao cônjuge e, tanto o é que, aquele não foi incluído no artigo 1.845 do Código Civil de 2002, o rol de herdeiros necessários. Assim sendo, para alguns doutrinadores⁶⁰ que defendem a condição do companheiro como herdeiro facultativo, a família

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 159.

⁵⁷ FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 152.

⁵⁸ VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 251.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 159.

⁶⁰ Nem todos os que admitem o companheiro como herdeiro facultativo utilizam como argumento a existência de hierarquia entre as famílias.

oriunda da união estável estaria em posição inferior àquela oriunda do casamento, havendo, portanto, uma hierarquia entre as famílias. Outro não é, por exemplo, o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite ao citar o Ministro Barbosa Moreira:

“A norma do § 3º (do art. 226), de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre união estável não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais; se já são iguais, é desnecessária e inconcebível a conversão’.”⁶¹

Da mesma forma, compartilham da supramencionada opinião o professor Mário Roberto Carvalho de Faria⁶², Washington de Barros Monteiro⁶³ e, ainda que muito contrariado, Zeno Veloso⁶⁴, que muito embora não concorde com a posição do Novo Código Civil em não elencar o companheiro como herdeiro necessário, admite sua condição como herdeiro facultativo.

O artigo 1.845 do Código Civil em vigor foi taxativo ao incluir no rol dos herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Não pode prosperar o argumento de que o artigo 1.850 do mesmo diploma, por ter mencionado que os colaterais poderão ser excluídos da sucessão, teria o condão de “transformar” o companheiro em herdeiro necessário. Como bem leciona Mário Roberto de Carvalho Faria “*tal dispositivo é de total inutilidade, pois tratando-se de herdeiros facultativos, óbvio que os colaterais poderão ser excluídos da sucessão por testamento.*”⁶⁵

É importante explicitar que no caso do companheiro falecido não ter deixado qualquer outro herdeiro, o companheiro deve suceder na totalidade da herança, devendo esta ser entendida como todos os bens do falecido e não apenas os adquiridos onerosamente durante a união estável.

⁶¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 52.

⁶² FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 153. De acordo com o autor “O companheiro não foi incluído no rol dos herdeiros necessários. A proteção do Estado preconizada no § 3º do art. 226 da Constituição Federal não tem o condão de equiparar a união estável ao casamento”.

⁶³ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 99.

⁶⁴ VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 254. Para o autor não existe hierarquia entre união estável e casamento e já que o cônjuge foi elevado à condição de herdeiro necessário, também deveria tê-lo sido o companheiro.

⁶⁵ FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 154.

Isto por força o artigo 1.844 do Código Civil vigente determinante que, na hipótese de não haver cônjuge ou companheiro ou qualquer outro parente sucessível ou, ainda tendo ele renunciado à herança, esta será devolvida ao Município ou ao Distrito Federal. Não seria razoável que a herança fosse devolvida ao Município ou ao Distrito Federal havendo um companheiro sobrevivente. Isso iria de encontro ao princípio da patrimonialidade, sendo certo que este é um dos princípios informadores da sucessão. Não seria o mais correto, ou mesmo o mais justo, o fato de o companheiro sobrevivente que dividiu boa parte de sua vida com o outro, que participou ativamente da união, na hora da morte do outro não receber os bens não adquiridos onerosamente na constância da união estável, ficando estes bens para o Estado.

Desta maneira, opina-se pela corrente em que o companheiro não é herdeiro necessário, levando-se em consideração a taxatividade do artigo 1.845 do Código Civil em vigor e a hierarquia existente entre a família oriunda do casamento e a oriunda da união estável, já que o legislador constituinte, embora tenha a reconhecido como entidade familiar, não teve a intenção de igualar os companheiros aos cônjuges, quando o poderia ter feito. Foi, tão somente, viabilizada a proteção estatal para as famílias advindas de “uniões informais”, mas que possuíssem intenção de constituir uma família, a fim de que esta nova espécie de família fosse aceita no mundo jurídico. E, sendo assim, poderá o companheiro sobrevivente ser excluído da sucessão do outro através do testamento.

Do lado oposto está Ana Luiza Maia Nevares sob o argumento de que entender ser o companheiro herdeiro facultativo e não necessário é violar o princípio da igualdade preconizado pela Constituição da República Federativa do Brasil.⁶⁶ Adepto do mesmo pensamento é Carlos Roberto Barbosa Moreira, atualizador obra de Caio Mário da Silva Pereira, “Instituições do Direito Civil – Vol. VI”. Consoante o doutrinador, deve ser reservada uma quota ao companheiro que será a indisponível, não podendo o testador ultrapassar seus limites. As quotas estipuladas nos incisos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 seriam a herança necessária do companheiro e, assim sendo, este seria herdeiro necessário em relação às referidas quotas.⁶⁷

⁶⁶ É o que se pode depreender da leitura de seu livro “A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional”. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, mais precisamente nas páginas 175 a 178.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 165/167.

CAPÍTULO III - OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ANÁLISE COMPARATIVA COM OS DIREITOS DO CÔNJUGE

3.1 Os direitos sucessórios do cônjuge no Código Civil de 1916

A sucessão do cônjuge no Código Civil de 1916 era atribuída de acordo com dois pressupostos: (i) ausência de descendentes e ascendentes e (ii) não estarem os cônjuges legalmente separados. Verifica-se, portanto, que descendentes e ascendentes excluía o cônjuge da sucessão, bem como a separação cuja sentença tivesse transitado em julgado.⁶⁸

O cônjuge não era considerado herdeiro necessário e dessa forma poderia ser excluído da sucessão pelo *de cuius*, bastando que este dispusesse da sua herança sem o contemplar, conforme artigo 1.725 do Código Civil de 1916. Também poderia ser excluído da sucessão por força do artigo 1.595 do referido diploma, quando considerado indigno.

Se no direito anterior, o cônjuge encontrava-se no quarto lugar na linha sucessória do cônjuge falecido, vindo, inclusive, atrás dos colaterais, os quais eram chamados a suceder até o décimo grau, no Código Civil de 1916 foi colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária (artigo 1.603 do Código Civil de 1916). Tal fato já representou um avanço, que só não foi maior, como já dito, devido ao artigo 1.725 que não o incluiu no rol de herdeiros necessários. Vale salientar que devida alteração deu-se antes mesmo do Código Civil de 1916, vindo em 1.907 com a Lei Feliciano Pena (nº 1.839).⁶⁹

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 72. No mesmo sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito Civil: direito das Sucessões”. 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 108: “A separação de fato não o excluía. Tal exclusão só ocorria com sentença de separação, ou de divórcio, com trânsito em julgado. Até aí o cônjuge seria herdeiro. Separação de fato, anda que por tempo razoável, não bastava para que o cônjuge saísse da linha sucessória”.

⁶⁹ No Direito das Ordenações, o cônjuge só herdava *ab intestato* após os colaterais. Coube à Lei Feliciano Pena (Lei 1.839, de 1907) trazer a modificação até hoje vigente na ordem vocacional hereditária para preferir o cônjuge sobrevivente aos colaterais, que foi um verdadeiro marco para a época.

Logo, fruto de todo o exposto, o cônjuge poderia suceder como único herdeiro ou como herdeiro concorrente com os demais, caso em que seria usufrutuário da quarta parte ou da metade dos bens do falecido ou caso em que receberia o direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família, em acordo com o artigo 1.611, §§ 1º e 2º, alterado pelas leis 4.121/62 e 6.515/77.

As hipóteses serão analisadas a seguir.

3.1.1 O cônjuge como herdeiro único

De acordo com o *caput* do artigo 1.611 do Código Civil de 1.916, a sucessão seria deferida ao cônjuge sobrevivente na falta de descendentes e ascendentes e, se ao tempo do falecimento do outro, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal. Tal artigo deve ser combinado com o 1.725, de modo que a sucessão apenas ocorreria se o falecido não tivesse disposto de seu patrimônio em testamento sem contemplar o sobrevivente.

Neste caso, o cônjuge herdava em propriedade plena, recebendo toda a herança, não importando o regime de bens do matrimônio do casal.

Conclui-se, então, que os requisitos necessários para o cônjuge herdar a título de propriedade eram:

- 1) inexistência de descendentes e ascendentes;
- 2) vigência da sociedade conjugal; e
- 3) inexistência de testamento.⁷⁰

Como bem observa Ana Luiza Maia Nevares, o *caput* do artigo 1.611 teve sua parte final alterada pela Lei 6.515/77, que regulamentou o divórcio no Brasil.⁷¹ Com isso passou-se a exigir que os cônjuges não tivessem dissolvido a sociedade conjugal ao invés de não estarem desquitados como outrora se exigia.

⁷⁰ OLIVEIRA, José Maria Leoni de. Op. cit., p. 188.

⁷¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 80/81.

A autora ainda pondera que “*é preciso recordar que o casamento putativo autoriza a sucessão do cônjuge de boa-fé, se a morte de um deles tiver ocorrido antes da sentença anulatória, uma vez que esta não terá efeitos retroativos (CC/16, art. 221)*”.⁷² E continua dizendo que, se apenas um dos cônjuges estiver de boa-fé, a sucessão será deferida somente a este.⁷³

Há discussão doutrinária e jurisprudencial em torno da expressão “dissolvida a sociedade conjugal”, contida no artigo em análise. Indaga-se sobre seu alcance, se bastaria o desquite, a separação de fato ou, se para ser deferida a sucessão, seria necessário que os cônjuges estivessem separados judicialmente.

Segundo Caio Mário, para que o cônjuge sobrevivente não recebesse a herança, era necessário que ao tempo da morte estivesse separado judicialmente do falecido com sentença transitada em julgado, de tal modo que o desquitado ou aquele separado de fato poderia receber a herança. É o que se extrai do texto abaixo:

“Não basta para este efeito a separação de fato, nem pode produzi-lo a medida judicial preparatória da separação de corpos. É necessária separação. E há de estar homologada regularmente, se por mútuo consentimento, ou passada em julgado a sentença, se litigada. Só assim se consideram, no caso, legalmente separados os cônjuges. Pendente de homologação ou trânsito em julgado o decreto judicial, a dissolução da sociedade conjugal é superada e absolvida pela morte, cujos efeitos, por mais amplos, prevalecem.”⁷⁴

Na mesma esteira, o professor Orlando Gomes:

“O estado de separado priva o cônjuge do direito de sucessão. Na assim a simples *separação de fato*. A própria *separação de corpos* não tranca o direito sucessório, mas a separação pendente de recurso já é suficiente para excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão do outro.”⁷⁵

A jurisprudência posicionou-se no mesmo sentido, mas também em posição antagônica:

⁷² NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 81.

⁷³ Na mesma linha de raciocínio, Orlando Gomes em sua obra “Sucessões”. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 81.

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 72.

⁷⁵ GOMES, Orlando. “Sucessões”. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 61.

“Inventário. Habilitação. Cônjuge. **O cônjuge que, ao tempo da abertura da sucessão, estava ainda casado, embora separado de fato, faz jus a metade do quinhão do consorte herdeiro.** (TJRS. Agravo de Instrumento nº 592037188, Oitava Câmara Cível, Rel. João Andrades Carvalho, julgado em 10/09/1992)”.

“Inventário. O marido separado ou em vias de separação, não desfrutada qualidade de herdeiro e não pode intervir, como parte, no inventário do sogro para discutir direito da mulher ou mesmo, próprio, em relação a ela. Recurso não provido. (TJRS. Agravo de Instrumento nº 588053124, Segunda Câmara Cível, Rel. Mário Rocha Lopes, julgado em 12/10/1988)”⁷⁶

“Apelação Cível. Alvará para levantamento de valores. Sentença que julgou procedente o pedido de expedição de alvará em nome da irmã da falecida, em detrimento de seu cônjuge, fundada na extinção da sociedade conjugal, demonstrada por prova testemunhal. Aplicação das normas do Código Civil de 1916, eis que vigentes ao tempo da abertura da sucessão. Artigos 1.603 e 1.611 do CC/16. O ponto nodal da questão é a dissolução ou não da sociedade conjugal, posto que será o fator determinante do real sucessor. **Segundo o mestre Caio Mário da Silva Pereira, a separação de fato não obsta o direito sucessório do cônjuge supérstite, sendo necessária a separação judicial. Exegese de julgado do STJ, que fortalece esse entendimento, eis que se a separação de fato não é causa suficiente para se negar ao cônjuge supérstite o usufruto vidual, também não o será para privá-lo de seu direito sucessório.** Além disso, o art. 2. da Lei n. 6.515/77 não prevê tal separação dentre as causas de extinção da sociedade conjugal. Ademais, as ações de separação e de divórcio são privativas dos cônjuges, sendo inconcebível a constatação da separação de fato neste feito, posto que quem figura no pólo ativo é a irmã da falecida. Outrossim, o fato de a falecida não ter intentado qualquer ação nesse sentido demonstra que não possuía interesse em pôr termo ao vínculo conjugal, o que confirma o apelante, cônjuge supérstite, como seu herdeiro. Sentença que merece ser reformada por desrespeitar a ordem da vocação hereditária. Improcedência do pedido exordial. Provimento do recurso. (TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.47344, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Célia Meliga Pessoa, DJ 24.01.2006).”⁷⁷

Ana Luiza Maia Nevares traz em sua obra questão de extrema relevância, qual seja a possibilidade de o cônjuge separado de fato constituir nova família, desta vez com uma união estável. Surge neste exemplo um problema de ordem sucessória. Para os que entendiam que o cônjuge apenas separado de fato não estaria excluído da sucessão⁷⁸, este teria direito a suceder ao

⁷⁶ Ambas as ementas em NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 82.

⁷⁷ In, www.tj.rj.gov.br

⁷⁸ Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes e Sílvio de Salvo Venosa são doutrinadores que adotam tal pensamento.

lado do companheiro. Para aqueles que entendiam de forma diversa, apenas o companheiro herdaria. No entanto, a própria autora salienta que se trata de um falso problema:

“uma vez que assente na jurisprudência pátria a possibilidade de o cônjuge casado, mas separado de fato, constituir união estável, especialmente porque a Lei 9.278/96 não exigiu mais dos conviventes a qualificação de solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados”.⁷⁹

Ela fundamenta sua opinião com as seguintes ementas:

“União estável. Companheiro casado. Pensão militar. Precedente da Corte.

1. É possível o reconhecimento da união estável e o deferimento do pedido de pagamento de parte da pensão militar sendo casado o companheiro, mas separado de fato há muitos anos.

2. Recurso especial não conhecido. (STJ, Resp nº 280464, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 17.04.2001).”

“Legado. Concubina. A vedação do artigo 1.719, III do Código Civil não abrange a companheira de homem casado, mas separado de fato. E como tal se considera a mulher que com ele mantém união estável, convivendo como se casados fossem. (STJ, Resp nº 73234, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 15.12.1995).”⁸⁰

Desta maneira, o cônjuge separado de fato estaria excluído da sucessão do *de cujus*.

Vale ponderar, ainda, que mesmo o cônjuge separado de fato deve ser excluído da sucessão, tendo em vista a não existência da *affectio maritalis* e isto deve ocorrer mesmo que o morto não tenha constituído união estável.

3.1.2 O cônjuge como usufrutuário

⁷⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 84.

⁸⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 84.

A Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962 introduziu o parágrafo 1º ao artigo 1.611 do Código Civil de 1916. Segundo tal dispositivo, o cônjuge viúvo teria direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido se houvesse filhos deste ou do casal e teria direito à metade se não houvesse filhos ainda que sobrevivessem ascendentes do *de cuius*. Teria este direito enquanto perdurasse a viuvez e desde que o regime de bens não fosse o da comunhão universal.

No caso em tela, o cônjuge recebe o bem em usufruto, podendo usar e gozar do mesmo, mas não podendo dispor dele, enquanto os demais herdeiros recebem a nua propriedade da parte que está em usufruto e o restante em propriedade plena.

Conforme José Maria Leoni Lopes de Oliveira, são requisitos para o deferimento da sucessão do cônjuge:

- 1) regime de bens diverso do da comunhão universal de bens; e
- 2) manutenção do estado de viuvez.⁸¹

Ana Luiza Maia Nevares acrescenta a estes dois requisitos mais dois, quais sejam, o casamento válido e a não dissolução da sociedade conjugal.⁸²

Cabe aqui a mesma exposição feita anteriormente sobre o cônjuge separado de fato, já devidamente discutida no subcapítulo precedente.

Mas vale lembrar que o usufruto é vitalício e uma vez o sendo, dura até o falecimento do cônjuge supérstite. Com este evento, os herdeiros que antes tinham a nua propriedade passam a ter a propriedade plena.

Discute-se, também neste dispositivo, o significado da palavra *filhos* nele presente: deve ser entendida em seu sentido literal ou deve ser entendida como descendentes? Quem defende seu sentido literal, no caso de o cônjuge concorrer com os netos, por exemplo, entende que a parte em usufruto equivaleria à metade. Para Ana Luiza Maia Nevares, para quem a palavra filhos deve ser tida como descendentes, não se justifica uma interpretação literal da lei:

“Afirmou-se que esta seria admissível se o direito do cônjuge sobrevivente houvesse diminuído no pressuposto de que já possui o direito de usufruto sobre

⁸¹ OLIVEIRA, José Maria Leoni de. Op. cit., p. 192.

⁸³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 89.

⁸²

os bens dos filhos. No entanto, não foi esse o intuito da lei, porque o usufruto é reduzido à quarta parte dos bens do acervo hereditário se há filhos somente do cônjuge falecido e, também, se os filhos comuns são maiores. Havendo, pois, descendentes de qualquer grau, o direito de usufruto é limitado à quarta parte dos bens.”⁸³

O usufruto vidual tem caráter protetivo⁸⁴ e em virtude disso havia quem defendesse que o cônjuge só deveria receber um bem em usufruto, caso se encontrasse desamparado com a morte do *de cuius*. Neste sentido, explana Sílvio de Salvo Venosa:

“Não resta dúvida de que, tendo em vista o regime legal mais recente ser o da comunhão parcial, na grande maioria dos casos, todo o patrimônio do casal, ou grande parte, terá sido adquirido na constância do casamento. Existindo meação quase que idêntica, senão idêntica de fato, à comunhão universal, somos tentados a afirmar que se esvai o intuito protetivo do legislador, porque a mulher tem metade dos bens da sociedade conjugal, em propriedade. O usufruto se mostraria como um plus injustificável e um ponto de discórdia com os demais herdeiros.”⁸⁵

Deste modo, para os defensores de tal posicionamento, o cônjuge sobrevivente não receberia em usufruto se já tivesse sido contemplado pelo falecido com doações, se tivesse sido contemplado em testamento e ainda quando o regime de bens do casamento fosse o da comunhão parcial.⁸⁶

Estes defensores encontravam respaldo em parte da jurisprudência:

“Inventário. Usufruto vidual. Regime de comunhão parcial. Viúva Meeira nos aqüestos. Reconhecida a comunhão dos aqüestos, não tem a viúva meeira, ainda Que casada sob regime diverso do da comunhão universal de bens, Direito ao usufruto vidual previsto no art. 1.611, par. 1., do Código Civil. Precedente do STF. Recurso especial não conhecido.” (STJ, Resp nº 34714, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 25.04.1994)

“Regime de bens. Comunhão de aqüestos. Súmula 377. Inexistência do direito ao usufruto nos termos do art-1.611, par-1. do CC. Reconhecida a

⁸³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 91.

⁸⁴ OLIVEIRA, José Maria Leoni de. Op. cit., p. 192.

⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito Civil: direito das Sucessões”. 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 110.

⁸⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 91/92.

comunhão dos aqüestos, móveis e imóveis, existentes no Brasil, onde se procede a partilha dos bens deixados por falecimento do cônjuge varão, não tem a viúva meeira, ainda que casada no estrangeiro em regime de separação de bens, direito ao usufruto de parte dos bens do cônjuge falecido, nos termos do art-1.611, par-1. Do código civil. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, RE 100099 / RJ. Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 28.06.1984).

Contudo, a posição supramencionada defendida não é e não era unânime. Havia quem entendesse que o cônjuge deveria receber sua quota parte em usufruto, mesmo que tivesse sido beneficiado em testamento, ou por meio de doações ou pelo regime de comunhão parcial de bens. Ana Luiza Nevares brilhantemente destaca que:

“no direito brasileiro, quando ao cônjuge não toca a plena propriedade da herança, a atribuição do usufruto vidual está condicionada tão-somente ao regime de bens de matrimônio, que deve ser diverso do da comunhão universal.”⁸⁷

A concessão do usufruto ao cônjuge supérstite não depende de sua situação econômica ou de outra circunstância de cunho patrimonial, a não ser o regime de bens do matrimônio que deve ser diferente do da comunhão universal. E, assim sendo, o cônjuge é herdeiro necessário em relação ao usufruto vidual, considerando-se a imperatividade da norma ao estabelecer que o mesmo **terá direito** ao usufruto, não se tratando, pois, de uma faculdade.⁸⁸

Tal posição também encontra aparato jurisprudencial:

“Agravo de Instrumento. Usufruto vidual. Artigo 1.611, par. 1., do Código Civil. Se o regime do casamento era o da separação total de bens a viúva não tem direito à meação, mas a lei lhe garante o usufruto legal, previsto no par. 1., do art. 1.611 do Código Civil. O direito consagrado no referido dispositivo legal deve incidir sobre a totalidade do patrimônio do falecido, **sendo irrelevante a situação financeira do cônjuge supérstite**. Improvimento do recurso.” (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 2002.002.13737, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Albano Mattos Correa, DJ 08.04.2003).

⁸⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 94.

⁸⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 104.

“Processual Civil - Inventário - **Autor da Herança casado em comunhão parcial de bens - Viúva - Chamamento ao processo em virtude do usufruto vidual a que tem direito** - Necessidade. 1. Se o autor da herança faleceu no estado civil de casado, mesmo que em comunhão parcial de bens, há necessidade de chamamento de viúva ao inventário porque, mesmo que não tenha direito à meação, tem direito ao usufruto vidual (§ 1º do art. 1611 do Código Civil). 2. Agravo a que se nega provimento.” (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 2001.002.00027, Décima Sexta Câmara Cível, Re. Des. Miguel Ângelo Barros, DJ 13.03.2001).

Diverge-se também sobre a base de cálculo do usufruto, havendo quem acredite que é apenas a parte disponível da herança⁸⁹ e outros, como Orlando Gomes, que embora defenda que a base de cálculo são todos os bens da herança, salienta que a incidência do usufruto deve ser sobre a parte disponível:

“A *quota de usufruto* calcula-se sobre todos os bens do acervo hereditário, *compreendendo*, por conseguinte, a *legítima dos herdeiros necessários*. Incide porém, nos bens que compõem a metade disponível.”⁹⁰

Já Ana Luiza Maia Nevares entende que é calculado sobre todos os bens do acervo hereditário, incluindo-se os bens da legítima, sendo certo, ser esta a determinação da lei quando estipula o usufruto recairá sobre os bens do cônjuge falecido.⁹¹ Portanto, o usufruto em sua opinião recairá sobre a parte dos bens integrantes da legítima⁹².

Há ainda outra posição, liderada por Arnold Wald⁹³, defendendo que o usufruto vidual do cônjuge recaia apenas sobre os bens particulares, pelo espírito da lei de aplicar o usufruto nas hipóteses excludentes da comunhão, parecendo, então, que o usufruto só deva recair sobre os bens particulares. O usufruto recairia sobre os bens adquiridos antes do casamento a qualquer título e sobre os bens adquiridos durante o mesmo por doação ou testamento.

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 75.

⁹⁰ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 64.

⁹¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 110.

⁹² NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 113.

⁹³ WALD, Arnold. “Direito das Sucessões”. 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 67.

Tratando-se de direito de precedência sucessória⁹⁴, é possível que o cônjuge sobrevivente renuncie ao usufruto mediante escritura pública ou termo judicial.⁹⁵ Ana Luiza Nevares alerta que o registro não é despiciendo, uma vez que o usufruto é direito real sobre coisa alheia e, assim, é preciso garantir sua publicidade e oponibilidade perante terceiros.⁹⁶ Mister é dizer que o registro não é constitutivo do direito ao usufruto, já que este, por força do princípio *droit de saisine*, é adquirido no momento da abertura da sucessão.

Como se não bastassem tantas divergências em relação ao tema, outra questão debatida é se o usufruto é considerado herança, isto é, sucessão a título universal, sendo, neste caso, o cônjuge considerado herdeiro, ou se o usufruto é um legado, demonstrando-se a sucessão a título singular.

Segundo a professora Ana Luiza Maia Nevares,

“A sucessão a título universal é aquela em que o falecido é sucedido na universalidade de suas relações jurídicas transmissíveis, compreendendo tanto o ativo como o passivo, este é o limite das forças da herança, pois no Direito Brasileiro a aceitação da herança se dá a benefício do inventário (CC/16, art. 1.587, CC/02 art. 1.792). Logo, o herdeiro sucederá o *de cujus* em todos os seus bens ou numa quota parte dos mesmos (1/2, 2/5, 3/4). Já a sucessão a título singular caracteriza-se pela transmissão ao sucessor de valores ou objetos individualmente considerados, certos e determinados, que serão especificamente separados do patrimônio como um todo para aquele fim. É o herdeiro, portanto, quem continua a pessoa do defunto ou a representa. Dito diversamente, é o sucessor a título universal quem substitui inteiramente o finado, assumindo nas relações patrimoniais a sua posição jurídica. Conseqüentemente, o herdeiro tem direito de acionar, em juízo, para anular contratos e atos jurídicos feitos pelo autor da herança com terceiros, ao passo que esse direito é negado ao legatário.”⁹⁷

A autora continua dizendo que a responsabilidade pelo passivo incumbe aos herdeiros. Os legatários só respondem pelas dívidas quando toda a herança é dividida em legados ou quando o testador expressamente determinou que respondessem por elas.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 74.

⁹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 96.

⁹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 97.

⁹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 98.

A herança é uma individualização de uma parte de todos os bens do falecido, sendo indefinida em seu valor e conteúdo, enquanto o legado é definido em valor ou pelo objeto no testamento.

Resultado disso, apenas sofrerão as variações da herança com mais créditos e ou dívidas, por exemplo, os herdeiros, visto que a parte dos legatários está destacada do todo.

Assim, é de suma relevância a qualificação do cônjuge usufrutuário como herdeiro ou legatário. Admiti-lo como herdeiro significa dizer que responde por ativo e passivo da herança, podendo sua parte, em virtude disso, sofrer variação e significa dizer que o domínio e posse dos bens serão transmitidos imediatamente a ele. Ao passo que admiti-lo como legatário é admitir que não responderá pelo passivo, salvo quando determinado expressamente pelo testador e é admitir também que terá que solicitar aos herdeiros o legado, tendo em vista que seu direito só poderá ser exercido após o julgamento da partilha do testamento, momento em que são aferidas as forças da herança.⁹⁸

Orlando Gomes filia-se à corrente na qual o cônjuge usufrutuário não é herdeiro. Em suas palavras:

“No concurso com descendentes e ascendentes a quota do cônjuge sobrevivente, sendo em *usufruto*, não lhe dá condição de *herdeiro*, nem o convoca à primeira ou segunda classe de sucessíveis. Não sucede, realmente, no *universum jus* do falecido, nem numa parte abstrata da herança, senão apenas se lhe defere um direito, embora de natureza *real*, sobre parte dos bens. Ademais, a condição de herdeiro é perpétua enquanto o direito sucessório do cônjuge é *temporário*.”⁹⁹

Ana Luiza Maia Nevares, após citar Gustavo Tepedino com quem partilha a mesma opinião, entende que o cônjuge usufrutuário é herdeiro, pois “*o que caracteriza a qualidade de herdeiro ou legatário não é a natureza do direito que lhe é concedido, nem a qualidade dos bens integrantes do acervo hereditário, mas a natureza da delação*”.¹⁰⁰

⁹⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 100.

⁹⁹ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 64. Na mesma esteira, PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 74.

¹⁰⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 102. A autora rebate todos os argumentos dos que defendem ser o cônjuge legatário. Diz que a duração do direito transmitido é irrelevante para tal caracterização, importando a natureza dos bens herdados e a possibilidade do sucessor os alienar. Também não procede o argumento de não poder ser herdeiro por não suceder na mesma posição jurídica do finado, já que ninguém mantém exatamente a mesma posição do falecido. Continua mais adiante dizendo que “a melhor doutrina, portanto, é aquela que considera o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário em usufruto.”

Aceitando-se, pois, o cônjuge como herdeiro, é bom lembrar que poderá ser excluído da herança por indignidade, conforme disposto no artigo 1.814 do Código Civil de 2002, e terá direito à posse imediata dos bens da herança.¹⁰¹

Parece, por conseguinte, que o cônjuge é herdeiro. Do contrário, estar-se-ia violando o caráter protetivo do usufruto viual. E, uma vez sendo herdeiro, deverá receber o que lhe cabe em usufruto, ainda que tenha sido contemplado com bens de outra forma, seja por liberalidade do *de cuius*, seja pelo regime de comunhão parcial.¹⁰²

O usufruto pela redação do artigo 1.611, § 1º não está ligado à condição financeira do cônjuge, como já demonstrado.

Por fim, sendo usufrutuário, cabe ao cônjuge sobrevivente arcar com as despesas de conservação dos bens que recebeu, arcar com os possíveis tributos, foros e pensões devidas pela posse, em conformidade com o artigo 1.403 do Código Civil de 2002.

3.1.3 O cônjuge supérstite e o direito real de habitação

O parágrafo 2º do artigo 1.611 conferiu ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família como se pode observar da transcrição abaixo:

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

Os pressupostos para a concessão do direito real de habitação são:

¹⁰¹ “Inventário. Usufruto. Possuindo o cônjuge supérstite direito ao usufruto sobre quarta parte dos bens inventariados, a teor do art-1611, par-1, do CC, cabível a sua imediata imissão na posse, a despeito de eventuais débitos pendentes. Agravo parcialmente provido. (Agravo de Instrumento nº 597249234, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/02/1998)

¹⁰² NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 106.

- 1) casamento válido e permanência da sociedade conjugal;
- 2) regime da comunhão universal de bens; e
- 3) existência de um único bem residencial no acervo hereditário destinado à residência da família.

Em decorrência disto, se houver um único bem residencial, mas este não for destinado à residência familiar, não incidirá o direito real de habitação, ocorrendo o mesmo no caso de existirem outros imóveis residenciais, mas estarem alugados, emprestados ou fechados.¹⁰³ Na mesma esteira, Orlando Gomes, *in verbis*, “*Basta que se destine a residência, donde, se segue que se nele não está morando, o gravame não se institui.*”¹⁰⁴

E como conclusão lógica, a partir da leitura do dispositivo, o bem imóvel precisa ser do falecido ou de ambos os cônjuges.

Há uma crítica a ser feita, concernente à estipulação de o cônjuge ser contemplado com o direito real de habitação do bem destinado à família se este for o único bem desta natureza a inventariar, tendo condicionado a isto o regime de bens do casamento como sendo o da comunhão universal.

Isto porque, o artigo 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96, não fez qualquer menção deste tipo para condicionar a concessão do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, que, dessa forma, fica em vantagem em relação ao cônjuge supérstite.

Por esta razão, surge uma corrente adequada de que o direito real de habitação deve ser conferido ao cônjuge independentemente do regime de bens escolhido pelo casal¹⁰⁵, atendendo à

¹⁰³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 119.

¹⁰⁴ ORLANDO, Gomes. Op. cit., p. 66.

¹⁰⁵ “Sucessão. Direito real de habitação sobre único imóvel residencial do casal, em que este morava até ao decesso do cônjuge varão. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens do casamento. Direito assegurado em lei ao convivente sobrevivente (parágrafo único, art. 7. da Lei 9.278/96, que, com maior razão se reconhece ao cônjuge viúvo. Confirmação do julgado.”(TJRJ, Agravo de Instrumento nº 2005.002.13845, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Nascimento Povoas Vaz, DJ 11.10.2005), *in*, www.tj.rj.gov.br

“Direito real de habitação em imóvel que, após a morte de seu cônjuge, continua servindo de residência à viúva que nele vivia com aquele, usufrutuário vitalício do mesmo. Reconhecimento desse direito, em favor da viúva, ainda que de separação total fosse o regime de bens de seu casamento. Direito legalmente atribuído ao companheiro sobrevivente de união estável extinta por morte de um dos convivas (Lei 9.278/96, art. 7., par. único), que, com maior razão, há de se reconhecer ao cônjuge supérstite, qualquer que seja o regime de bens do seu casamento, uma vez dissolvido pela morte do outro. Hipótese em que o proprietário, em cujo patrimônio se consolidou a plena propriedade do bem, pela extinção do usufruto

concretização de um direito fundamental à vida digna, caracterizando um valor maior, que é o direito à moradia. O direito real de habitação deve ser estendido ao cônjuge para que este não fique em situação inferior a do companheiro. O que, de fato, acabava ocorrendo na prática, visto que o companheiro, consoante já fora assinalado no capítulo anterior, adquire na sucessão o usufruto e o direito real de habitação, enquanto o cônjuge sai apenas com um ou com o outro. Resta demonstrada a vantagem sucessória do companheiro sobre o cônjuge, neste aspecto, e, salvo por uma questão de ordem legal, não há razão de ser.

E não é só. É fundamental lembrar as lições de Ana Luiza Maia Nevares acerca da existência de um único imóvel residencial a inventariar:

“Melhor disciplina seria aquela em que o direito real de habitação incidisse sobre imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único dessa natureza a inventariar, quando há bens imóveis comuns entre os consortes; não os havendo, a lei deveria prever a incidência do direito real de habitação destinado à residência da família, independentemente do número de imóveis desta natureza presentes no acervo hereditário.”¹⁰⁶

O direito real de habitação será afastado no caso de cônjuge já separado de fato. Isto se deve ao fato de os cônjuges não mais morarem juntos, descaracterizando a destinação do imóvel como residência da família e, portanto, faltando um pressuposto para a concessão do benefício.

Uma vez estando presentes todos os pressupostos, o cônjuge recebe o direito real de habitação sem prejuízo da parte que lhe caiba na herança. Isto a título de testamento, pois sob a égide do Código Civil de 1.916, o cônjuge só herdava na ausência de descendentes e ascendentes. E, na falta deles, herdando toda a herança por força do artigo 1.603, III do referido diploma, não incidiria o direito real de habitação, visto a impossibilidade de constitui-lo, porque o beneficiário seria, antes, proprietário de todos os bens e, assim, possuindo todas as faculdades do domínio sobre eles. O mesmo pode-se dizer quando o imóvel destinado à residência for entregue ao cônjuge vivo por força de testamento ou integrar a meação.

com o falecimento de seu titular, não pode reivindicar o imóvel residencial da viúva sobrevivente, enquanto ali residir, e mantiver seu estado civil. Confirmação do julgado.”(TJRJ, Apelação Cível nº 1998.001.00557, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Nascimento Povoas Vaz, DJ 04.04.1998).

¹⁰⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 133.

Trata-se de direito vitalício que se extingue com a morte do titular. Extingue-se também, caso o cônjuge contraia novo casamento ou estabeleça união estável. Pode-se dizer o mesmo para o caso de o cônjuge renunciar a herança.

O cônjuge, por meio dos artigos 746 a 748 do Código Civil de 1916, não poderá alugar o imóvel ou emprestá-lo; poderá tão-somente habitá-lo. Sendo certo que a não ocupação do imóvel não extingue o direito real de habitação.¹⁰⁷

Assim, como o cônjuge usufrutuário, o cônjuge titular do direito real de habitação deve arcar com as despesas de conservação do bem, foros, pensões e impostos reais, de acordo com o artigo 748 do Código Civil de 1916. E, da mesma maneira como no usufruto, o registro não é despiciendo, constituindo segurança jurídica, sendo este declaratório de referido direito.

O direito real de habitação visa tutelar a moradia do consorte, evitando que este fique sem habitação no caso de transmissão de todo o patrimônio aos herdeiros. Isso faz com que o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal de 1988 seja respeitado. Neste diapasão, deve ser estendido o direito real de habitação ao cônjuge supérstite casado sob regime diverso do da comunhão universal.

Outro fundamento é o de que o artigo 7º, parágrafo único da Lei 9.278/96 previu o direito real de habitação para os que vivessem em união estável sem condicionar isso a um regime patrimonial e, desta forma, os companheiros teriam mais direitos que o cônjuge, o que para alguns seria inconcebível.

De acordo com os ensinamentos de Ana Luiza Maia Nevares, o cônjuge titular do direito real de habitação é legatário:

“Embora a sucessão a título particular seja típica da sucessão testamentária, nesta situação específica, não há dúvida de que se está diante de uma instituição de legado: transmite-se ao cônjuge direito real de habitação quanto a objeto individualmente considerado, certo e determinado, especificamente separado do patrimônio hereditário para aquele fim, caracterizando-se, tipicamente, uma sucessão a título particular.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 120/121. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro, “o *dies a quo*, no tocante à prescrição, é aquele em que o habitador deixa de ocupar a casa”, para lecionar que o direito real de habitação não se extingue pelo seu não-uso.

¹⁰⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 127.

Compartilha do mesmo entendimento Orlando Gomes, para quem “*o cônjuge sobrevivido não se torna herdeiro pela atribuição do direito real de habitação, senão legatário legítimo, com as seqüelas próprias de semelhante condição.*”¹⁰⁹

Diferentemente do que ocorre no usufruto vidual, não sendo o cônjuge herdeiro do direito real de habitação, “*não representa o finado, não tendo legitimidade para figurar nas ações referentes a eventuais direitos pertinentes à herança. Pela mesma razão não responde pelo monte.*”¹¹⁰

A condição de legatário influencia diretamente na posse do bem. Uma vez sendo legatário, deveria reclamar essa condição aos herdeiros, só recebendo sua quota parte após o julgamento da partilha, pois esse é o momento para a verificação das forças da herança.¹¹¹ Todavia, não é o que ocorre no caso em tela. O cônjuge terá imediatamente a posse do bem. Como aduz Ana Luiza Maia Nevares:

“Analisando a finalidade da lei, qual seja, assegurar a moradia do cônjuge supérstite, evitando que este possa ser privado de seu lar pela morte de seu consorte, seria incongruente conceber que o cônjuge sobrevivente devesse desocupar o imóvel em que habitava com o *de cujus*, a partir da abertura da sucessão, para pedir, após a partilha, a posse do mesmo, em virtude do direito real de habitação.

Por conseguinte, tratando-se de legado por força de lei, com a finalidade específica de assegurar a moradia do cônjuge supérstite, a este deverá caber a posse imediata do bem objeto do direito real de habitação.”¹¹²

A autora continua lecionando que o direito real de habitação será exercido mesmo que haja um testamento que atribua a terceiros todos os bens do testador, será exercido, ainda que sobre a legítima dos descendentes e ascendentes, “*mormente quando o acervo é composto de um único imóvel*”.¹¹³

Algumas críticas são feitas ao dispositivo ora em análise, alegando-se que o mesmo não levou em consideração as condições econômicas do cônjuge supérstite, que pode ter sido muito

¹⁰⁹ ORLANDO, Gomes. Op. cit., p. 66.

¹¹⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 128.

¹¹¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 100.

¹¹² NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 128/129.

¹¹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 129.

beneficiado com a partilha, não cessando com isso, automaticamente, o ônus real na hipótese de o beneficiado adquirir outro imóvel.¹¹⁴

Entretanto, a lei é clara e estabelece como uma das condições para a concessão do direito real de habitação a inexistência de outro residencial no acervo hereditário. Mesmo porque, não se trata de ser beneficiado com outros bens ou não. É um direito de moradia garantido, visando amparar a pessoa com quem o falecido dividiu sua vida, independentemente de ela receber outros benefícios. Somente no caso de haver outro imóvel residencial, não será concedido tal benefício.

Para fechar este tópico, relevante mencionar, mais uma vez, os ensinamentos de Ana Luiza Nevares:

“Embora em determinadas situações particulares possam ser vislumbradas algumas distorções, é inegável a pertinência do direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente no ordenamento jurídico brasileiro, que elegeu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, só realizável a partir da garantia de condições materiais mínimas de vida à pessoa, como o direito à moradia (CF/88, art. 6º, caput).”¹¹⁵

3.2 Os direitos sucessórios do cônjuge no Código Civil de 2002

Deixando de ser herdeiro facultativo sob a nova égide da legislação civil, o cônjuge passou a ser herdeiro necessário de acordo com a disposição do artigo 1.845 do Código Civil de 2002, transcrito abaixo:

“Artigo 1.845 - São herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge.”

E sendo herdeiro necessário não poderá ser afastado da sucessão pelo falecido, salvo nos casos de deserção e indignidade, previstos nos artigos 1.961 e 1.814, respectivamente.

Determina o artigo 1.846 do atual Código Civil que aos herdeiros necessários pertence a metade dos bens da herança de pleno direito constituindo a legítima. Fruto disso, o testador não

¹¹⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 130.

¹¹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 131.

poderá dispor de mais da metade de seus bens, sob pena de redução das disposições testamentárias.¹¹⁶

Nesta sede, destaca Caio Mário que:

“O novo Código Civil representa o ponto de chegada de uma lenta evolução: além de afirmar textualmente a qualidade de herdeiro necessário (art. 1.845) – assegurando-lhe, com isso, a legítima, (art. 1.846) –, pôs o cônjuge em situação destacada, no que diz respeito à ordem de vocação hereditária, permitindo-lhe ser chamado a receber *propriedade* (e não mero usufruto), em concorrência com descendentes e com ascendentes – no primeiro caso, porém, a depender do regime de bens do casal (art. 1.829, I).”¹¹⁷

Nas lições de Mário Roberto Carvalho de Faria, são requisitos para a sucessão do cônjuge:

“a) que não esteja separado judicialmente;

b) que não esteja separado de fato há mais de dois anos do *de cujus*, ou se estiver, deverá provar que a convivência se tornara impossível sem culpa sua.”¹¹⁸

Isto devido à redação do artigo 1.830 do aludido diploma, que determina somente ser reconhecido direito sucessório ao cônjuge vivo se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem de fato há mais de dois anos, salvo se neste caso, houver prova de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Logo, se o lapso temporal for menor ou igual a dois anos, o cônjuge poderá suceder e mesmo que seja maior do que dois anos, também poderá suceder se provar que a separação não se deu por sua culpa.¹¹⁹ Ana Luiza Nevares ressalva que, em que pese o avanço de excluir o cônjuge separado de fato da sucessão do falecido, o artigo 1.830 também representa um retrocesso “*ao condicionar a exclusão do cônjuge à ausência de culpa na separação*”, introduzindo questão que poderá paralisar o processo por muito tempo.¹²⁰

¹¹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 157.

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 143.

¹¹⁸ FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Op. cit., p.127.

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 147.

¹²⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 158. A professora prossegue afirmando que “atualmente, com a dissolubilidade do casamento, a igualdade entre os cônjuges e a compreensão da família como um

A autora lembra que a culpa só será relevante nos casos de separação de fato, pois na separação judicial, o consorte vivo não terá legitimidade para suceder, independentemente de quem tenha sido culpado.¹²¹

Importante salientar que a reconciliação do casal, conforme artigo 1.577, devidamente homologada, restabelece os direitos sucessórios dos cônjuges.¹²²

Questão que poderia suscitar problemas é a do cônjuge separado de fato que constitui união estável. Poderiam indagar se o cônjuge sobrevivente teria direito à sucessão no caso de a união estar constituída a menos de dois anos.

A resposta, *a priori*, seria afirmativa, porém, não o é. O artigo 1.723, *caput* e § 1º, permitiu que o cônjuge separado de fato constitua união estável, passando essa a ser a entidade familiar e, desta forma, o companheiro será o legitimado a suceder o cônjuge falecido.

Feita esta exposição preliminar, passa-se à análise da sucessão do cônjuge de forma detalhada.

Como já dito anteriormente, o cônjuge é herdeiro em propriedade plena pelo Código Civil de 2002, concorrendo com descendentes e ascendentes (artigo 1.829, I e II) e na ausência deles adquire a totalidade da herança (artigo 1.838).

O atual Código Civil não reproduziu o artigo 1.611, §1º do Código anterior, que tratava do usufruto e, portanto, extinguiu a sucessão do cônjuge em usufruto. Na opinião de Ana Luiza Maia Nevares encerra “uma proteção insuficiente e estática ao cônjuge sobrevivente, que muitas vezes é o mais desamparado em virtude da morte do consorte.”¹²³

Consoante o artigo 1.829, I do Código Civil de 2002, a sucessão legítima defere-se:

“I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da

organismo social destinado a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, sendo um instrumento de proteção da pessoa, não mais se justifica a perquirição da culpa na dissolução da sociedade conjugal. Esta ocorre porque o afeto entre os cônjuges acabou, sendo cada um deles livre para buscar a sua felicidade a partir do fim do matrimônio.”

¹²¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 159.

¹²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 147.

¹²³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 160.

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;”

É de ver-se, pois, que o cônjuge não herdará se casado sob o regime da comunhão universal ou sob o da separação obrigatória. Casado sob o regime da comunhão parcial de bens, a sucessão lhe será deferida se o falecido deixou bens particulares. E especificamente neste ponto, há divergência se o cônjuge vivo (i) terá direito à meação e ainda poderá concorrer na herança somente no bem particular ou se (ii) terá direito à meação e poderá concorrer no bem particular e ainda concorrer na meação do marido. Acredita-se ser a mais acertada a primeira posição, sendo certo que neste regime de bens o cônjuge já é meeiro e concorrendo na herança como um todo estará recebendo, no total, muito mais que os demais herdeiros com quem estiver concorrendo. Desta forma, diminuiria a parte devida aos demais, pois estaria participando da partilha dos bens não alcançados pela meação.

A própria redação do inciso I, *in fine*, deixa claro que a participação na herança será restrita aos bens particulares. Percebe-se, conseqüentemente, que a sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes está ligada ao regime de bens do matrimônio.

Interessante citar as palavras de Miguel Reale, transcritas na obra de Ana Luiza Maia Nevares:

“Desnecessário recordar que anteriormente prevalecia o regime da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro. Tendo já a metade do patrimônio, ficava excluída a idéia de herança. Mas, desde o momento em que passamos do regime universal para o regime parcial de bens com comunhão de aquestos, a situação mudou completamente. Seria injusto que o cônjuge somente participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio a ser objeto da sucessão.”¹²⁴

Dito isso, o artigo 1.832 do atual diploma civil, determina o modo como deverá ser feita a partilha dos bens na concorrência do cônjuge com os descendentes. Segundo o dispositivo: em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos

¹²⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 161.

herdeiros com que concorrer. Como bem lembra a professora Ana Luiza Maia Nevares, havendo descendentes que herdem por representação a quota do cônjuge será igual à quota da estirpe.¹²⁵

A sucessão fica assim dividida: deixando o falecido cônjuge sobrevivente e três descendentes comuns, a partilha será por cabeça, por direito próprio e, assim, cada um receberá $\frac{1}{4}$ da herança. Deixando cônjuge sobrevivo e mais de três descendentes comuns, fica reservada a quota de $\frac{1}{4}$ para o aludido cônjuge e os demais $\frac{3}{4}$ serão divididos entre os descendentes.

Aqui há uma discussão acerca da reserva de $\frac{1}{4}$ quando o cônjuge não for ascendente de todos os descendentes com que concorrer na herança. Há quem defenda que para ser reservada a quota de $\frac{1}{4}$ faz-se necessário que o cônjuge seja ascendente de todos os descendentes, caso contrário não será reservada a quota de $\frac{1}{4}$ da herança e esta será dividida por cabeça. Aderem a esta corrente Ana Luiza Maia Nevares¹²⁶, Zeno Veloso¹²⁷, Caio Mário da Silva Pereira¹²⁸, Washington de Barros Monteiro¹²⁹.

Cumpramos o posicionamento de Sílvio de Salvo Venosa, aduzindo que se o cônjuge não for ascendente dos descendentes com que concorrer, não será reservada a quota de $\frac{1}{4}$, porém se houver descendentes comuns e não comuns, deverá ser reservada a quota de $\frac{1}{4}$. Ainda segundo o autor, o legislador não foi expresso neste sentido, mas parece ser este o “*espírito da lei*”.¹³⁰

Sílvio Rodrigues leciona que o cônjuge que recebeu um bem por doação do falecido deve trazê-lo à colação, tendo em vista que tal doação configura antecipação de legítima, por força do artigo 544 do Código Civil. De acordo com o autor é preciso fazer uma interpretação sistemática

¹²⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 163.

¹²⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 163.

¹²⁷ VELOSO, Zeno. “Do Direito Sucessório dos Companheiros” em “Direito de Família e Novo Código Civil”. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo Cunha Pereira. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 247: “esta reserva hereditária mínima (1/4), destinada ao cônjuge sobrevivente, pressupõe que este cônjuge seja também ascendente dos herdeiros com que concorrer. Se o *de cuius* deixou descendentes, dos quais o cônjuge sobrevivente não é ascendente, será obedecida a regra geral: ao cônjuge sobrevivente caberá quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por cabeça”.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Direito Civil”. Volume VI. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007. p. 119. Para o autor, se o cônjuge concorrer com descendentes não comuns, não estará na situação peculiar que o artigo estipula, qual seja a de concorrer com filhos comuns.

¹²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. “Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões.” 35ª edição, revista e atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p.97.

¹³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito Civil: direito das Sucessões”. 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 114.

e compreensiva para não fugir desta conclusão, já que o artigo 2.002 do mesmo diploma determina que apenas os descendentes tragam à colação os bens que lhes foram doados.¹³¹

Na falta de descendentes, são chamados a suceder os ascendentes, ainda em concorrência com o cônjuge, consoante os artigos 1.829, II e 1.836 do Código Civil vigente. O cônjuge, neste caso, é legitimado a suceder qualquer que seja o regime de bens do casamento.

O artigo 1.837 do mesmo diploma estipula que concorrendo com ascendente em primeiro grau, tocará ao cônjuge 1/3 da herança. Caberá a metade, se houver um só ascendente ou se for maior o grau. Desta forma, se o cônjuge concorre com o sogro e a sogra, recebe um terço da herança, assim como também receberá o sogro e a sogra, sendo a herança dividida por cabeça. Concorrendo somente com o sogro, por exemplo, cada um receberá metade da herança. Concorrendo com os avós do falecido, o cônjuge recebe a metade da herança e a outra metade será dividida entre os avós.

Caberá ao cônjuge a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes por força do artigo 1.838 do Código Civil.

Mister é salientar que o atual Código Civil, em seu artigo 1.831, prevê o direito real de habitação para o cônjuge supérstite, qualquer que seja o regime de bens, representando um avanço em relação ao Código de 1916, que condicionava este direito ao regime de bens do casamento. O cônjuge, portanto, além da sua quota com herdeiro, receberá o direito real de habitação que incidirá sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. Neste caso, *“se houver apenas um imóvel residencial no monte e nele não morar os cônjuges, deixa de incidir o direito real de habitação. O mesmo pode ser dito quando há na massa de bens outros imóveis residenciais, embora alugados, emprestados ou fechados.”*¹³²

O direito real de habitação, como já dito em relação ao Código Civil de 1916, visa concretizar a dignidade da pessoa humana em respeito às condições materiais mínimas de vida e, assim, segundo a doutrinadora Ana Luiza Maia Nevares, é preciso aplicar o benefício quando o cônjuge não é herdeiro nem meeiro, como no caso de separação obrigatória de bens,

¹³¹ RODRIGUES, Silvio. “Direito das Sucessões”. Volume 7. 26ª edição. Revista e atualizada por Zeno Veloso, de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo, Editora Saraiva: 2003, p. 311.

¹³² NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 166.

“independentemente do número de imóveis residenciais presentes no acervo hereditário”, desde que haja um que se destine à residência da família.¹³³

É cabível aqui, a mesma observação da referida doutrinadora acerca da incidência do direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família desde que seja o único desta natureza a inventariar:

“Melhor disciplina seria aquela em que o benefício incidisse sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único desta natureza a inventariar, quando há bens imóveis comuns entre os consortes ou o sobrevivente é herdeiro; não os havendo, ou não sendo o cônjuge supérstite herdeiro, a lei deveria prever a incidência do direito real de habitação sobre o imóvel que era destinado à residência da família, independente do número de imóveis presentes no acervo hereditário.”¹³⁴

Observa-se que o novo diploma não previu a hipótese de extinção para o direito real de habitação como fez o Código Civil de 1916, tornando-o vitalício.

3.3 Análise comparativa dos direitos sucessórios do companheiro abordando o Código Civil de 1916, a Lei 8.971/94 e a Lei 9.278/96 e o atual Código Civil

Primeiramente, faz-se necessário aduzir que na legislação analisada no presente trabalho, os direitos sucessórios atribuídos ao companheiro e ao cônjuge são bastante distintos.

No Código Civil de 1916, o companheiro não era tido com herdeiro e seus direitos sucessórios apenas encontraram fundamento em 1988, com o artigo 226, §3º da Carta Magna e, mesmo assim, os referidos direitos eram conferidos em analogia aos do cônjuge.

Sob a ótica do diploma supracitado, o cônjuge sobrevivente apenas recebia a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes, não sendo considerado herdeiro necessário, mas sim facultativo. Do contrário, sendo o regime de bens do matrimônio diverso do da comunhão universal, recebia ¼ do patrimônio em usufruto quando houvesse descendentes e metade se não

¹³³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 168.

¹³⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 166.

existissem descendentes, mas houvessem ascendentes, de acordo com o artigo 1611, §1º. Cumpre observar no que tange ao usufruto vidual, que o cônjuge era herdeiro necessário, não podendo ser afastado pelo testador.

Era beneficiado o cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens com o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem a inventariar, segundo o §2º do artigo 1611 do diploma em questão.

No que se refere à união estável, o companheiro, assim como o cônjuge, teria direito à totalidade da herança na ausência de descendentes e de ascendentes, como reza o artigo 2º, III da Lei 8.971/1994 e, concorrendo com eles, receberia $\frac{1}{4}$ em usufruto ou metade da herança, dependendo do número dos demais herdeiros. Já segundo o artigo 7º da Lei 9.278/1996 o companheiro teria ainda o direito real de habitação relativo ao imóvel destinado à residência da família.

É de se notar que o companheiro possuía mais direitos sucessórios que o cônjuge, vez que recebia além do usufruto sob parte da herança ou parte da propriedade plena da mesma e o direito real de habitação relativo ao imóvel destinado à residência familiar, enquanto o cônjuge recebia ou um, ou outro.

Atinente ao cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens ou da separação, terá direito apenas ao usufruto vidual ou à parte da propriedade plena da herança, sendo considerado herdeiro necessário no caso do usufruto vidual. Não lhe cabe aqui o direito real de habitação, sendo legatário em relação a ele.

O Código Civil de 2002 também tem suas peculiaridades sobre os regimes sucessórios dos companheiros e dos cônjuges. Se estes últimos são tidos como herdeiro necessário, sob a égide do artigo 1.845, o mesmo não pode ser dito em relação àqueles. Sendo assim, é reservada ao cônjuge metade da herança quando não concorrer com descendentes ou ascendentes do *de cuius* - artigo 1.845 combinado com o artigo 1.846.

Dos artigos 1.829, I e 1.832, depreende-se que, quando concorrer com descendentes, o cônjuge terá direito a uma quota igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente de todos os descendentes com que concorrer caso não seja casado sob os regimes da comunhão universal, da separação obrigatória e da comunhão parcial de bens, neste último caso, sem bens particulares do cônjuge falecido.

Se concorrer com ascendentes do 1º grau, receberá um terço da herança, não importando o regime e receberá metade se houver apenas um ascendente ou se for maior, consoante os artigos 1.829, II combinado com o 1.837.

O cônjuge supérstite terá o direito real de habitação qualquer que seja o regime de bens, segundo o artigo 1.831.

Em relação ao companheiro, este sucede do falecido apenas os bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Não os havendo, o companheiro sobrevivente não terá o que herdar.

Concorrendo com os filhos comuns, terá direito a uma quota igual a que for atribuída a cada filho, como aduz o artigo 1.790, I. Em concorrência com descendentes só do autor da herança, recebe metade do que couber a cada um deles, reza o II do mesmo artigo. Recebe 1/3 se concorrer com outros parentes sucessíveis, conforme o inciso III e, de acordo com o inciso IV do mesmo artigo, terá direito à totalidade da herança não havendo parentes sucessíveis. Esta totalidade refere-se aos bens particulares.

Não foram previstos na reforma do Código Civil o usufruto e o direito real de habitação para os companheiros sobreviventes.

Se antes os companheiros tinham mais direitos que os cônjuges, agora a situação se inverte e aos cônjuges são deferidos mais direitos sucessórios, estando em vantagem em relação aos companheiros:

1) O cônjuge recolhe a totalidade da herança; o companheiro apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

2) Na ordem de vocação hereditária, não havendo ascendentes nem descendentes, o cônjuge herda todo o patrimônio e exclui os colaterais; o companheiro concorre com os colaterais.

3) O cônjuge tem o direito real de habitação com relação ao imóvel destinado à residência familiar; o companheiro não.

Fruto disso resta claro a distinção dos direitos sucessórios entre companheiro e cônjuge, que perdura por muito tempo. E, sendo assim, far-se-á a análise da existência ou não de

hierarquia entre as famílias oriundas do casamento e da união estável, para ao final, concluir acerca da condição do companheiro como herdeiro facultativo ou necessário.

CAPÍTULO IV - CONCLUSÃO A PARTIR DA CONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO NA QUESTÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

O Código Civil de 1916 apenas reconhecia como entidade familiar a família oriunda do casamento. A proteção atribuída a ela “*tinha por finalidade afastar toda e qualquer ameaça à estrutura familiar, justificando a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a chefia da sociedade conjugal exercida pelo marido – enquanto a mulher casada era incluída no rol dos relativamente incapazes – e a discriminação dos filhos não matrimoniais*”.¹³⁵ A proteção era tão grande que mesmo o desquite não dissolvia o matrimônio na redação original do diploma citado.

Mais tarde, transformações ocorreram na sociedade, merecendo destaque o reconhecimento dos filhos adulterinos, a emancipação da mulher casada e a dissolubilidade do vínculo matrimonial. Passa-se a dar mais valor à dignidade da pessoa humana e, fruto de toda essa transformação jurídico-social ou social-jurídica, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma concepção pluralista de família, reconhecendo como formadores dela o casamento, a união estável e comunidades constituídas pelo pai ou pela mãe e seus descendentes. Isto aduz o artigo 226, §3º da Carta Magna.

Já o Código Civil de 2002 privilegia claramente o casamento, ficando a união estável em posição inferior.

Diz o artigo 226, *caput* e seu §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil:

“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.”

A primeira observação que se faz em relação ao aludido artigo é que, ao falar em família e entidade familiar, o fez no sentido de que a família é o gênero do qual são espécies as entidades

¹³⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. cit., p. 167.

familiares ¹³⁶, quais sejam: casamento, união estável entre homem e mulher e a família monoparental formada pelo pai ou pela mãe e seus descendentes.

A disposição do §3º é o grande fundamento utilizado para defender a supremacia do casamento sobre a união estável. Ainda de acordo com os ensinamentos de Ana Luiza Maia Nevares:

“Entender que o casamento é entidade familiar hierarquicamente superior às demais significa dizer que este será protegido prioritariamente pelo ordenamento jurídico, admitindo-se que aos casados sejam atribuídos direitos superiores em relação àqueles que constituem outras formas de entidades familiares, simplesmente porque celebraram o ato formal do matrimônio. Além disso, faz com que o regime jurídico do casamento seja o parâmetro para aquele conferido aos demais tipos de arranjos familiares. Assim, alguns direitos conferidos à união estável, por exemplo, são considerados inconstitucionais por não terem sido atribuídos ao casamento.”¹³⁷

A autora acredita ser inconstitucional a afirmativa de existência de hierarquia entre as entidades familiares. ¹³⁸ Diz que o casamento não pode ser tido como superior, pois “*todos os organismos sociais que constituem a família têm a mesma função social*” que é desenvolver a personalidade de seus membros. Continua dizendo que admitir esta superioridade significa proteger mais umas pessoas do que outras, o que infringe o princípio constitucional de igualdade. ¹³⁹ No entanto, a autora admite que “*não se pode negar que o ato formal do matrimônio gera uma maior segurança para as relações jurídicas na sociedade, tanto em relação aos partícipes da relação conjugal, quanto em relação aos terceiros com que eles venham contratar.*” Para a doutrinadora, por fim, não há hierarquia axiológica entre as famílias e, desta forma, o tratamento diferenciado dispensado ao cônjuge e ao companheiro em matéria sucessória não procede, não havendo razão para que os estatutos hereditários do casamento e da união estável sejam diferentes. ¹⁴⁰

¹³⁶ Essas são as lições de Ana Luiza Maia Nevares em *ibid* p.195/196.

¹³⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. cit.*, p. 198.

¹³⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. cit.*, p. 200.

¹³⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. cit.*, p. 201 e seguintes.

¹⁴⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. cit.*, p. 216.

Zeno Veloso é radicalmente contra a diferenciação feita pelo atual Código Civil, especialmente em matéria sucessória, tendo em vista a equiparação constitucional entre as famílias oriundas do casamento e da união estável:

“Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.”¹⁴¹

Para o autor, tanto é entidade familiar a que se funda no casamento como a que se funda na união estável e, assim, possuem a mesma dignidade e importância, merecendo o mesmo respeito e tratamento. A indignação do autor é evidente em relação à diferenciação adotada pelo Código Civil.

Contudo, é importante observar que ele próprio fala que as famílias estão *praticamente equiparadas*. Ora, *praticamente* dá a idéia de algo que não é absoluto e, desta maneira, pode-se dizer que o autor deixa brechas para que seus argumentos sejam rebatidos. Pode-se, inclusive, dizer que não merecem prosperar, porque *praticamente* não passa a idéia de certeza, de algo que realmente é.

O fato é que o casamento tem preferência sobre a união estável e tanto é verdade que o legislador constituinte, em momento algum, elevou a união estável ao *status* de casamento ao simplesmente prever que a lei facilitará sua conversão em casamento. A intenção foi conferir-lhe tão somente proteção. Outro não é o entendimento de Marco Aurélio Viana:

“No caso específico da união estável, embora reconhecida constitucionalmente como forma de constituição da família, não se tem como negar que a constituída pelo casamento goza de precedência. Tanto isso é verdade que a Constituição Federal, ao dispor, sobre união estável, determina que a lei ordinária deve facilitar sua conversão em casamento. Assim, não é razoável que

¹⁴¹ VELOSO, Zeno. “Do Direito Sucessório dos companheiros” em “Direito de Família e o Novo Código Civil”. Coordenadores Maria Berenice Dias e Rodrigo Cunha Pereira. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 255.

se pretenda dar tratamento melhor aos conviventes do que aos casados, no que diz respeito às suas relações patrimoniais.”¹⁴²

O autor continua dizendo que a finalidade de se reconhecer a união estável como entidade familiar “foi permitir que o Estado desenvolvesse uma política de proteção”, levando-se em conta que há pessoas que preferem apenas unir-se ao invés de celebrar o casamento. E essa proteção não pode ir além da que é conferida ao matrimônio que “é a forma mais conveniente e adequada para o Estado.”¹⁴³

Na mesma linha está Eduardo Oliveira Leite ao citar o Ministro Barbosa Moreira:

“A norma do §3º (do art.226) de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre união estável não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais; se já são iguais, é desnecessário e inconcebível a conversão”.¹⁴⁴

O Código Civil de 2002 reforçou a proposta constitucional, priorizando relações patrimoniais advindas do casamento. Não que as relações patrimoniais fruto da união estável não tenham relevância: apenas receberam tratamento diferenciado, já que o constituinte não pretendeu igualar as realidades. Segundo Eduardo Oliveira Leite, “o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade, continua sendo o casamento”¹⁴⁵.

E, conseqüência disto, nada mais coerente que as diferenciações feitas no âmbito sucessório. O legislador ordinário não poderia ter agido de forma diversa ao ter conferido mais direitos sucessórios ao cônjuge que ao companheiro, inclusive inserindo-o no rol dos herdeiros necessários, até porque, como bem leciona Gustavo Tepedino, o conferimento de títulos

¹⁴² VIANA, Marco Aurélio S. “Da União Estável”. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 63.

¹⁴³ VIANA, Marco Aurélio S. “Da União Estável”. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 64.

¹⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. “Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões”. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 52.

¹⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p.51.

sucessórios é um dos efeitos do casamento, sendo gerado imediatamente pelo ato nupcial. Conforme o autor:

“Decorrem do ato jurídico solene cuja realização parece ser, aos olhos do legislador a forma de assegurar a terceiros interessados a ciência quanto ao regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório, e assim por diante.”¹⁴⁶

É de notar-se, portanto, que o direito sucessório decorre do casamento e não da solidariedade própria da convivência familiar, razão pela qual não pode ser conferido ao companheiro exatamente o mesmo patamar conferido ao cônjuge. Diferentemente com o que ocorre com a previdência social, na qual não há óbice para o deferimento ao companheiro, sendo marcado “*pelo dever do Estado em se sub-rogar como artífice do conforto familiar.*”¹⁴⁷

A união estável não pode ser igualada ao casamento. Este requer uma série de formalidades, percorrendo o casal um longo caminho até chegar a sua celebração: separam documentos, idas ao cartório, provam que não há impedimentos, escolhem o regime de bens, aguardam os proclamas, pagam custas, dentre tantas outras formalidades exigidas. A união estável apenas requer que o casal se una com a intenção de constituir família. Daí serem institutos diferentes. Vale, neste ponto, transcrever as lições de Gustavo Tepedino:

“O casamento, com efeito, como ato jurídico pressupõe uma profunda e previa reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente, uma série de efeitos que lhe são próprios – dada a certeza e a segurança que oferecem os atos solenes. Já a união estável, ao contrário, formada pela sucessão de eventos naturais que caracterizam uma relação de fato, tem outros elementos constitutivos, identificáveis ao longo do tempo, na medida em que se consolida a vida em comum.”¹⁴⁸

O tratamento diferenciado direcionado ao cônjuge e ao companheiro em matéria sucessória não é inconstitucional. Pelo contrário: trata os desiguais de maneira desigual. Não tendo pretendido o legislador constitucional equiparar casamento e união estável, cônjuge e companheiro são pessoas diferentes e por isso devem ter tratamentos diversos. E no mais, há

¹⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. “Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”, em “Temas de Direito Civil”, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 342.

¹⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 343.

¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 341.

efeitos que são próprios do casamento: estabelecimento do vínculo de afinidade, emancipação do cônjuge menor de idade, disciplina das relações patrimoniais dos cônjuges, imediata submissão dos cônjuges a deveres específicos, sendo os títulos sucessórios adquiridos apenas mais um de seus efeitos.¹⁴⁹

O renomado doutrinador ensina, ainda, que é preciso identificar a *ratio* das normas que se pretende interpretar:

“(...) os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros não fundada no matrimônio.

Trata-se de identidade de *ratio* das normas que se pretende interpretar. Quando informadas por princípios relativos à solenidade do casamento, não há que se estendê-las às entidades familiares extramatrimoniais.

O casamento constituindo a família legítima confere aos cônjuges o estado de casados, ‘fator de identificação na sociedade’ atraindo uma série de efeitos próprios deste *status*, qualidade jurídica que, à evidência, não pode ser atribuída a ninguém casado.”¹⁵⁰

Por tudo o aqui exposto, a tutela diferenciada se coaduna com os ditames constitucionais, não podendo os direitos sucessórios do companheiro serem equiparados aos do cônjuge.

Por conseguinte, neste trabalho, conclui-se que o companheiro não é herdeiro necessário, mas sim herdeiro facultativo sob a égide do Código Civil de 2002.

O artigo 1.845 do Diploma Civil é claro e taxativo no rol de herdeiros necessários, elencando tão somente os descendentes, ascendentes e o cônjuge, estando em plena harmonia com a ordem constitucional, tendo em vista a não intenção do legislador constituinte em igualar a família oriunda da união estável com a família oriunda do casamento, havendo, portanto, uma

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 342.

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 341.

hierarquia entre elas.¹⁵¹ Resta evidente que a intenção foi a de garantir proteção às comunidades formadas por uniões não matrimonializadas, para que não ficassem desprovidas de amparo legal.

Correta foi, portanto, a opção do legislador ordinário em dar tratamento diferenciado às sucessões do companheiro e do cônjuge.

E nem se diga que o companheiro foi tido como herdeiro necessário pela não inclusão no artigo 1.850 do Código Civil de 2002, que permite a exclusão dos colaterais da sucessão, bastando para tal que o testador não os tenha contemplado, pois, como já dito, o dispositivo é inútil, uma vez que, tratando-se de herdeiros facultativos, evidente que os colaterais poderão ser excluídos da sucessão por testamento.¹⁵²

Cumprе alertar que mesmo a estipulação do artigo 1.790, determinador da sucessão do companheiro nos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, não faz do companheiro herdeiro necessário nestes bens, podendo ser afastado da sucessão por testamento. Entretanto, vale salientar que, mesmo sendo afastado, havendo bens adquiridos onerosamente, ele será meeiro e não sairá sem nada. Caso não existam estes bens, o companheiro não herdará nada se o testador não o contemplou em sua disposição de última vontade.

Mister explicitar que no caso de o companheiro falecido não ter deixado qualquer outro herdeiro, o companheiro sobrevivente deve suceder na totalidade da herança, conforme já mencionado no capítulo II, devendo esta ser entendida como todos os bens do falecido. Isto por força do artigo 1.844 do Código Civil vigente que determina a hipótese de não haver cônjuge ou companheiro ou qualquer outro parente sucessível ou tendo ele renunciado à herança, esta será devolvida ao Município ou ao Distrito Federal. Não seria razoável que a herança fosse devolvida ao Município ou ao Distrito Federal havendo o companheiro. Isso iria de encontro ao princípio da patrimonialidade, que é um dos princípios informadores da sucessão. Injusto seria que o companheiro, que dividiu a vida com o outro, que participou ativamente da união, inclusive financeiramente, não recebesse os bens que não foram adquiridos onerosamente na constância da união estável.

¹⁵¹ Outro não é o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite ao citar o Ministro Barbosa Moreira, como já mencionado anteriormente.

¹⁵² FARIA, Mário Roberto Carvalho de. “Direito das Sucessões”. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2004, p. 154.

Ainda cabe expor os ensinamentos de Gustavo Tepedino, para quem a conferência de direitos sucessórios decorre do casamento e não da solidariedade familiar, sendo mais um argumento para o companheiro não poder suceder nas mesmas condições que o cônjuge e tampouco ser herdeiro necessário:

“O casamento, com efeito, como ato jurídico pressupõe uma profunda e previa reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente, uma série de efeitos que lhe são próprios – dada a certeza e a segurança que oferecem os atos solenes. Já a união estável, ao contrário, formada pela sucessão de eventos naturais que caracterizam uma relação de fato, tem outros elementos constitutivos, identificáveis ao longo do tempo, na medida em que se consolida a vida em comum.

(...)

Consideram-se comumente como efeitos jurídicos do casamento: 1º) o estabelecimento do vínculo de afinidade; 2º) a emancipação do cônjuge menor; 3º) **o conferimento do título sucessório**; 4º) a disciplina das relações patrimoniais (regimes patrimoniais); 5º) a imediata submissão dos cônjuges a deveres específicos (fidelidade, mutua assistência).”¹⁵³

Sendo assim, a posição defendida no presente trabalho é a de que o companheiro não é herdeiro necessário, considerando ser o artigo 1.845 do Código Civil taxativo, o conferimento do título sucessório ser decorrente do matrimônio e tendo em vista a hierarquia existente entre as famílias oriundas da união estável e do casamento, uma vez que não foi intenção do legislador constituinte igualar companheiros e cônjuges, mas simplesmente viabilizar proteção estatal para a família advinda de uniões não formalizadas e que possuíssem o mesmo ânimo de constituir um lar, a fim de que estas uniões não continuassem no limbo jurídico.

¹⁵³ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 341.

V REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARIA, Mário Roberto Carvalho de. “Direito das Sucessões”. 4ª edição. Rio de Janeiro: editora Forense, 2004.

GOMES, Orlando. “Sucessões”. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. “Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões”. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. “Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões”. 35ª ed. rev. e atual. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. “A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional”. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. “Alimentos e sucessão no casamento e na união estável”. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Direito Civil” Volume VI. 16ª edição rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. “Direito das Sucessões”. Volume 7. 26ª edição rev. e atual. por Zeno Veloso, de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, Aida Maria Loreda Moreira de. “Aspectos Polêmicos da União Estável”. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. “Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio”, em “Temas de Direito Civil”. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

VELOSO, Zeno. “Do Direito Sucessório dos Companheiros”, em “Direito de Família e o Novo Código Civil”. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Rodrigo Cunha Pereira. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito Civil: direito das Sucessões”. 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

VIANA, Marco Aurélio S. “Da União Estável”. São Paulo: Saraiva, 1999.

WALD, Arnold. “Direito das Sucessões”. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

www.stf.gov.br

www.stj.gov.br

www.tj.rj.gov.br

www.tj.rs.gov.br