

SUCESÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO HETEROSSEXUAL: APONTAMENTOS DAS CONTROVÉRSIAS DO SISTEMA

Jesualdo Eduardo de ALMEIDA JÚNIOR¹
Gisele Caversan BELTRAMI²

RESUMO: Enfoca-se sucessão legítima do cônjuge e do companheiro. Foi elaborada uma análise comparativa entre os direitos sucessórios de cada um deles e delineou-se a sucessão legítima, inclusive as hipóteses de concorrência e as respectivas quotas de que terão direito cônjuge e companheiro frente à morte de quem com ele dividiu a vida. Destacou-se a origem da sucessão legítima na legislação pátria. Houve espaço para esclarecimentos acerca da terminologia própria usada no campo do direito sucessório. Abordaram-se o direito real de habitação e o usufruto real, suas aplicações, revogação e aspectos controvertidos. Fez-se, ao fim, uma análise das controvérsias do sistema e a violação ao princípio da igualdade, já que cônjuges e companheiros não apresentam tratamentos isonômicos. Em situações iguais tivemos proteção diferente para cada um deles. Diante disso, analisou-se as propostas de harmonização de nosso ordenamento jurídico neste dado aspecto. O trabalho seguiu uma linha didática utilizando-se de quadros tendentes a melhor esclarecer os operadores do direito frente a um assunto tão delicado e complexo. Declinaram-se as propostas de mudanças já existentes e tendentes a respeitar o princípio da igualdade.

PALAVRAS-CHAVES: Sucessão legítima. Cônjuge e Companheiro. Violação ao princípio da igualdade. Direito real de habitação e usufruto vitalício. Necessidade de harmonização do sistema.

ABSTRACT: A monograph on the screen gave focus to the succession of the legitimate spouse and companion. It developed a comparative analysis between the inheritance of each. This paper outlined the legal succession, including the chances of competition and its shares will be entitled to husband and partner facing death with whom he shared a life. We highlight the origin of the legitimate succession in Brazilian legislation. We had room for clarification about the terminology as used in the field of inheritance law. We entered the real right to

¹ Doutorando pela Universidade del Museo Social argentino. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Instituto Toledo de Ensino/Bauru (2005). Pós-graduado em Direito Contratual; Pós-graduado em Direito das Relações Sociais. Professor de Direito Civil e coordenador da pós-graduação da Associação Educacional Toledo (Presidente Prudente/SP), professor da FEMA/IMESA (Assis/SP), do curso de pós-graduação da Universidade Estadual de Londrina – UEL, da PUC/PR, da Escola Superior da Advocacia, da Escola da Magistratura do Trabalho do Paraná. Advogado sócio do escritório Zanoti e Almeida Advogados Associados. É autor de diversos livros e artigos.

² Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Associação Educacional Toledo de Ensino de Presidente Prudente/SP. Advogada.

housing and real enjoyment, its application, revocation and controversial aspects. We conclude that there is controversy in the system and that this leads to violation of the principle of equality, as spouses and partners do not have isonomic treatments. In situations like we had different protection to each of them. Given this, we analyzed the proposals for harmonization of our legal system in this particular aspect. The work followed an online teaching using frameworks designed to better inform the operators of the right front of a subject as delicate and complex. For over a quick already be clear theme so nebulous. We declined the proposals for changes that already exist and are respectful of the principle of equality, while also stable, the institute has found a family entity in the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Succession of law. Cônjuge Fellow. Violation of the principle of equality. Right to housing and real enjoyment vidual. Need to standardize the system.

SUMÁRIO: Introdução; 2. evolução histórica dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro; 2.1. apontamentos iniciais; 2.2 Abordagem histórica no Brasil: Considerações Gerais; 2.2.1 Das Ordenações Filipinas ao Código Civil; 2.2.2. Código Beviláqua; 2.2.3. Novo Código Civil e Constituição Federal de 1.988; 3. Sucessão legítima do cônjuge no Código Civil de 2002; 3.1 Considerações prévias; 3.2 Da ordem de vocação hereditária; 3.3 Meação e herança do cônjuge sobrevivente; 3.3.1 Considerações introdutórias; 3.3.2 Regime de comunhão universal; 3.3.3 Regime de separação obrigatória de bens; 3.3.4 Regime de comunhão parcial de bens com ausência de bens particulares; 3.3.5. Regime de comunhão parcial de bens com bens particulares do *de cuius*; 3.3.6. Regime de comunhão parcial de bens: concorrência entre cônjuge e descendentes; 3.3.7. Concorrência: cônjuge X ascendente; 3.3.8. Regime de separação convencional de bens; 3.4. quadro 01; 4. Da sucessão legítima do companheiro no Código Civil de 2002; 4.1. Considerações gerais; 4.2. Direito sucessório do companheiro; 4.3. Companheiro concorrendo com descendentes comuns; 4.4. Companheiro concorrendo com descendentes exclusivos do autor da herança; 4.5 Hipótese híbrida de descendentes; 4.6. Concorrência com outros parentes sucessíveis; 4.7. Ausência de qualquer parente sucessível; 4.8. Panorama do art.1790 do Código Civil; 4.8. Quadro 02 – Possibilidades de concorrência do companheiro no Código Civil de 2002; 5. Direito real de habitação; 5.1. Direito real de habitação: Considerações gerais; 5.2 Da exclusividade do imóvel residencial; 5.3 Direito real de habitação do companheiro; 5.4 Usufruto vidual; 6. Análise comparativa dos direitos sucessórios do cônjuge frente ao companheiro; 6.1. Comparativo em relação aos descendentes comuns; 6.2. Comparativo com descendentes exclusivos do autor da herança e hipótese híbrida; 6.3 Comparativo em relação ao ascendente; 6.4. Tendências; 7. Considerações finais; referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este trabalho foi realizado com o objetivo de proporcionar uma análise geral e didática do Direito das Sucessões.

Deu-se enfoque para uma forma simplificada e de esquemas práticos que visaram uma consulta esclarecedora, sem esquecer-se das principais correntes doutrinárias e sugestões que visam à melhoria nas previsões legislativas sucessórias.

A palavra sucessão significa “transmissão do patrimônio dum finado a seus herdeiros ou legatário”. E o artigo gravitou em torno da sucessão do cônjuge comparando-a com a sucessão do companheiro. Ademais, fez-se um apanhado acerca da abordagem histórica e demarcou-se as inovações legislativas ao longo do tempo.

Por fim, traçou-se uma análise entre a sucessão do cônjuge e do companheiro em cada uma das hipóteses de concorrência com descendentes comuns, com descendentes exclusivos do falecido, na hipótese híbrida e com os ascendentes.

Usou-se a fonte doutrinária e jurisprudencial através de pesquisas em livros e via eletrônica, mediante sites consagrados.

De um modo geral, utilizou-se de tese argumentativa, analisando-se dados históricos através da colheita em pesquisa bibliográfica, com predominância do raciocínio indutivo.

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

2.1. Apontamentos iniciais

A morte, como fato jurídico natural ordinário, produz vários efeitos na seara jurídica, entre os quais a extinção da personalidade civil, do poder familiar, das obrigações personalíssimas, a dissolução do vínculo matrimonial etc. Mas o efeito que mais nos interessa é a abertura da sucessão.

Não se descuide de que há juridicamente duas possíveis espécies de morte, a saber: a) morte real; b) morte presumida.

A morte real que é aquela que ocorre com a cessação das atividades cerebrais do sujeito e se comprova com a certidão de óbito.

Por outro lado, a morte presumida é aquela que não é passível de ser comprovada mediante atestado de óbito pela ausência do vestígio material; porém, pelas evidências, há alta probabilidade de ter ocorrido.

Prevista no art. 7º., do Código Civil, é possível sua decretação judicial quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; ou, se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento. (Código Civil, art. 7º., parágrafo único).

Existe ainda a morte civil ou ficta que é tratar um indivíduo como se morto juridicamente estivesse, conquanto esteja vivo biologicamente. Essa se dava, por exemplo, quando alguém era feito escravo e deixava de ser sujeito de direitos, embora vivo estivesse. Ainda que abolida dos ordenamentos jurídicos modernos, há quem defenda que deixou resquícios em nosso sistema através de institutos como a indignidade (exclusão da sucessão) e a deserdação³.

Pelo nosso sistema, aberta a sucessão os bens do *de cujus* serão imediatamente transferidos aos seus herdeiros, ao que se usou chamar de princípio da saisine (*droit de saisine*). Deste modo, a teor do art. 1784⁴, do Código Civil, falecido alguém, a posse e propriedade dos seus bens são *incontinenti* transferidos aos herdeiros. Nas palavras de Nicolau (2005, p. 13):

O princípio consagra a salutar idéia de que não há patrimônio sem titular. Deste modo, assim que ocorre o evento morte, os herdeiros já são – para a lei – proprietários e possuidores do patrimônio do falecido, ainda que ignorem o óbito.

³ Particularmente discordamos desta posição, pois, ao nosso sentir, tanto a exclusão da sucessão quanto a deserdação são apenas limitações circunstanciais de benefícios hereditários, sequer absolutos, e que em nada tem de morte civil, posto que o indivíduo continua titular de todos os demais direitos que lhe sejam pertinentes.

⁴ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários

Em seguida o autor explica que a “saisine” teve origem na Idade Média como meio de frear os abusos dos senhores feudais, que com a morte do vassalo retomava a posse da terra e somente devolviam à família do *de cujus* se lhe pagassem uma taxa.

No entanto, a *saisine* não é um princípio absoluto, uma vez que quando se tratar de bens fungíveis será necessária a partilha para a transferência da propriedade aos sucessores.

A herança, ou “acervo hereditário”, nada mais é do que o conjunto de bens deixados pelo falecido ou *de cujus*⁵, também denominado de autor da herança. Se o sucessor ficar com a totalidade do patrimônio ou uma fração ideal dele estamos diante da sucessão universal e o sucessor será denominado de herdeiro. Mas, se ocorrer a sub-rogação de bens individualizados, eis a figura do sucessor a título singular. E se essa sucessão a título singular der-se através de um testamento, ter-se-á o legatário.

A sucessão legítima é aquela que deriva da lei. Neste aspecto, se o autor da herança não houver deixado testamento ou ato de última vontade escrito, a lei considera que está satisfeito e aceita as regras sucessórias por ela imposta e previstas no art. 1.829, do Código Civil, que trás a seguinte ordem:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais⁶.

De outro lado, a sucessão testamentária deriva de uma declaração de última vontade do autor da herança. Essa declaração de última vontade é materializada por um documento chamado “testamento” ou “codicilo”, pela qual o autor da herança estipula quem serão seus herdeiros, o

⁵ Essa expressão deriva do latim e é uma abreviação da frase “*de cujus successione agitur*”, que, numa tradução livre, significa “aquele de cuja sucessão se trata”.

⁶ Caso não hajam herdeiros, ter-se-á a herança jacente e a herança vacante. A diferenciação entre elas se dá apenas no aspecto do momento de cada uma. A herança vacante ocorre um ano após a publicação do primeiro edital de ser considerada a herança jacente, ou seja, sem herdeiros. A vacância tem a finalidade de transferir os bens ao Município.

que receberão, desde que, evidentemente, respeitada a legítima se houver herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge).

Ressalte-se que o “codicilo” é usado para disposição sobre bens de pequena monta.

A partilha seria uma divisão dos bens entre os herdeiros. Nela se determina o quinhão que caberá a cada um deles. Acontece de dois modos distintos: por escritura pública quando amigável e não houver herdeiros incapazes; ou judicial, nos autos de um inventário.

O inventário é um processo judicial onde se opera o arrolamento de todos os bens deixados pelo *de cujus*. Nos autos do inventário tem-se a arrecadação, descrição e avaliação desses bens para que ocorra, em seguida, a partilha, após o pagamento dos tributos de transmissão. Será no inventário que se dará a constituição do título de herdeiro.

De grande importância para nossa temática é a elementar diferença entre meação e sucessão.

A sucessão dá-se por direito de transmissão; a meação, contudo, é o direito específico do cônjuge, direito que lhe garante mear, vale dizer, receber “metade” do patrimônio que juntos conquistaram durante a comunhão de suas vidas, dependendo, evidentemente, do regime de bens.

Postas estas primeiras terminologias, cabe uma singela abordagem histórica de nosso tema.

2.2 Abordagem histórica no Brasil: Considerações Gerais

A idéia de família como grupo societário vem de muito e remonta aos primórdios da civilização dita moderna. No entanto, a abordagem do Direito de Família é bem mais recente, sobretudo no Brasil, país com história ainda muito vizinha do hodierno.

2.2.1 DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS AO CÓDIGO CIVIL

O primeiro tratamento legal acerca do Direito Sucessório brasileiro se deu com as Ordenações do Reino. Nesse período o Brasil era colônia de Portugal, cuja legislação aplicava-se automaticamente em terras nacionais.

Basicamente neste período de coincidência com o período colonial brasileiro a metrópole experimentou três “Ordenações do Reino”, quais sejam: a) Ordenações Afonsinas (1446-1512) b) Ordenações Manuelinas (1512-1603); Ordenações Filipinas (a partir de 1603).

Em especial as “Ordenações Filipinas” dispuseram diretamente acerca do Direito Sucessório. As outras duas ordenações, haja vista serem de período de pouca “colonização”, serão desprezadas neste estudo.

As Ordenações Filipinas, diploma que tratou explicitamente do Direito Sucessório, vigorou de 1603 a 1830. Era o diploma legal mais duradouro desde então, com ao todo 264 anos de vigência.

O referido diploma continha cinco Livros, dentre os quais o de número IV trazia disposições referentes à sucessão.

Havia previsões tais como deserdação, exclusão da herança e ordem de vocação hereditária, com disposições sobre filhos legítimos e ilegítimos de “nobres” e “peões”, que era o critério classificador da classe social da época.

Havia também disposições quanto à sucessão entre marido e mulher. E a orientação era no sentido de que se um dos dois falecesse sem deixar testamento o cônjuge sobrevivente seria herdeiro universal do *de cujus*, mas sob a condição de que não existisse parentes até o décimo grau com direito de herdar.

Note-se que o tratamento dado ao cônjuge era flagrantemente injusto, pois aquele que partilhou não apenas os bens mas também a própria vida com o outro ficava subjugado por parentes até o décimo grau.

Em 1847, já com o Brasil independente, surge a lei, consolidada por Teixeira de Freitas, que alterou a ordem de vocação hereditária prevista nas Ordenações Filipinas. Essa alteração foi no sentido de incluir os descendentes na primeira classe de sucessão, além de citar os filhos legítimos e os ilegítimos que entrariam na sucessão. Outra alteração foi acerca dos filhos que ficariam fora da ordem de vocação hereditária, os chamados de “danado

coito”, oriundos de sacrilégios, incestos e adultério. Porém, nada dispôs sobre a sucessão dos cônjuges.

Coube à cognominada Lei Feliciano Pena (Decreto 1.839 de 31.12.1907) colocar o cônjuge na terceira posição na linha sucessória, passando, portanto, na frente dos colaterais. Essa lei ainda limitou a herança dos colaterais até o sexto grau e não mais até o décimo grau, como ocorria na redação originária das Ordenações Filipinas. Ademais, reduziu a legítima da fração de dois terços para metade dos bens do *de cujus*.

Porém, o grande tratamento sobre o Direito Sucessório adveio com o Código Civil brasileiro de 1916.

2.2.2 CÓDIGO BEVILÁQUA

O Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, apresentava a seguinte estrutura: Parte Geral; Parte Especial, está composta por cinco livros, dentre estes o Livro IV, Direito das Sucessões.

O Livro IV, por sua vez, era composto por quatro títulos, cujo primeiro era “Da Sucessão em Geral”, seguido por “Da Sucessão Legítima”, “Da sucessão Testamentária” e finalizado pelo quarto título denominado de “Do inventário e da partilha”.

A idéia basilar era a sucessão por classe e dentro de cada classe o grau mais próximo excluía o mais remoto.

Embora previsse o respeito à legítima como salvaguarda dos herdeiros necessários, os cônjuges não foram classificados como tais. Via de conseqüência, o cônjuge sobrevivente podia ser privado integralmente da herança se assim fosse a declaração de última vontade de seu finado consorte.

Ademais, assim se deu a ordem de vocação hereditária:

- I. Descendentes.
- II. Ascendentes.
- III. Cônjuge.
- IV. Colaterais.

V. Município, Distrito Federal e União.

Veja que o cônjuge figurava na terceira posição da linha sucessória e sem concorrência, com a possibilidade de ser alijado da legítima por testamento.

A partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/62), coube-lhe o chamado *usufruto vidual* instituído em favor da viúva casada em regime que não o da comunhão, que se tornaria usufrutuária de $\frac{1}{4}$ dos bens deixados pelo *de cujus* aos descendentes, ou $\frac{1}{2}$ dos bens devidos aos ascendentes, mantendo-se, contudo, a propriedade para os herdeiros.

Já se o regime de bens escolhido fosse o da comunhão universal ter-se-ia apenas o direito real de habitação, que previa que o cônjuge sobrevivente tinha o direito de continuar a residir na residência que dividia com o *de cujus*.

Porém, não havia nenhuma proteção ao direito sucessório dos companheiros. Ao contrário, restringiam-se seus direitos. Por exemplo:

Art. 1.177, Código Civil de 1916 - A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. 1.719, Código Civil de 1916 - Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários:

.....

III - a concubina do testador casado;

Em linhas gerais, o Código Civil Bevilácqua privava o(a) companheiro(a) da sucessão e restringia a herança do cônjuge.

2.2.3. NOVO CÓDIGO CIVIL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988

Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que o fenômeno de “constitucionalização” do Direito Civil trouxe modificações profundas na atitude

dos operadores do direito: “deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código.”⁷

Percebe-se, dessa forma, que sem a observação das categorias fundamentais da Constituição, a interpretação das leis civis referentes ao Direito de Família e Sucessão desvia-se de seu real significado.

Neste sentido, hoje se reclama uma releitura do Direito de Família. Os seus principais primados não estão apenas no Código Civil, mas sobretudo na Carta Magna.

Deste modo, o intérprete deverá dar à Lei 10.406/02 uma “interpretação constitucional”, lembrando-se sempre que é a própria Constituição quem traz os principais apontamentos em seara de Direito de Família, para somente depois perquirir os ditames do Código Civil.

Além disso, a nova família, na visão de Eduardo de Oliveira Leite⁸, “é estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, que em nada se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, do fingimento. (...) É o início de uma nova era, prenunciando a alvorada de novos tempos, onde dominará soberano, acima das leis e das religiões, apenas o Amor”. O respeito mútuo, o carinho, o amor, enfim, a **afetividade** e seus desdobramentos, são a essência de uma família.

Sérgio Rezende de Barros⁹, no mesmo pensar, sustenta que “o afeto é o que conjuga”. Deveras, a nova ordem familiar é pautada pelo afeto, muito mais do que pelas normas jurídicas.

Marcos Colares¹⁰ prega que “quando ‘o amor acontece’ pode caber ao Direito, na maioria dos casos, apenas homologá-lo através de institutos competentes (casamento e união estável).”

Ainda, conforme Paulo Luiz Netto Lôbo, a afetividade é a base familiar¹¹:

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*, p. 100.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Tratado de Direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, pp. 367 e 369

⁹ *A ideologia do afeto*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.14, jul./ago., 2002, p. 09.

¹⁰ *Quando o meu bem dá lugar aos “meus bens”*. In Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 9, abr./jun., 2001, p. 12.

A afetividade é construção cultural que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando aquela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação, ou comunidade, mantida por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família

A vida em família é, destarte, o primeiro pólo irradiador dos direitos humanos fundamentais. Contudo, sua efetividade não se dará unicamente por critérios legais. Sua fundamentação é multidisciplinar, metajurídica e marcada proeminentemente pelo afeto.

Neste aspecto, a Constituição Federal reconheceu a união estável heterossexual como entidade familiar, e o novel Código Civil referendou a aceitação.

Deste modo, trar-se-á um comparativo entre as regras sucessórias do Código Civil de forma a se ponderar se a regra da igualdade entre os institutos (casamento e união estável) é absoluta ou comportaria exceções.

3 SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 Considerações prévias

Herdeiros necessários são aqueles que aparecem na ordem do rol legal previsto no Código Civil. Neste passo, se houver herdeiros necessários, o autor da herança não terá liberdade plena de testar, posto que deverá preservar a metade de seu patrimônio que será obrigatoriamente destinado àqueles, ao que se dá o nome de legítima.

¹¹ *Entidades familiares constitucionalizadas. In Congresso Brasileiro de Direito de Família, 3, 2001, Ouro Preto. Anais do III Congresso. . .*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2002, p. 38.

E o Código Civil atual previu como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Cabe também lembrar quanto à distinção entre herança e meação. Neste propósito Neves (2006, p. 10):

Um dos principais conceitos ligados ao direito sucessório é o de herança, ou seja, daquilo que é transmitido aos sucessores em razão da morte do sucedido.

Pode-se dizer que a herança é o patrimônio deixado pelo morto.

Assim, ela é formada não só pelos bens matérias do falecido, mas também pelos seus direitos (créditos ou ações) e suas obrigações. É por isso que se diz que herança é composta do ativo e do passivo.

Deste modo, acervo hereditário são os bens deixados pelo falecido, ao passo que o conceito de herança é mais amplo, pois envolve a somatória de tudo que é deixado pelo “de cujus”, incluindo bens, direitos e também obrigações.

Em contraposição à herança temos a meação que dela não é sinônimo. A meação refere-se ao direito pertinente ao cônjuge e companheiro e deriva do regime de bens escolhido pelos nubentes.

Isso porque os consortes e companheiros cumulam durante a comunhão de vidas, quer com esforço do trabalho de ambos, quer pelas forças do trabalho de um só, mas com a ajuda externa do outro, amparando-o psicologicamente, garantindo-lhe a paz para o trabalho, dividindo as tarefas extra-profissionais, um patrimônio comum.

Sendo assim, mostra-se devido que com o falecimento de um deles o outro cônjuge tenha garantido metade de tudo que conquistaram juntos. E isso é meação, que, repise-se, não se confunde com a herança.

3.2 Da ordem de vocação hereditária

A ordem de vocação hereditária sofreu alterações do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002.

No Código Civil de 1916 o tema era abordado da seguinte maneira: “Art. 1603, CC/ 1916: A sucessão legítima defere-se na seguinte

ordem: I. Aos descendentes; II. Aos ascendentes; III. Ao cônjuge sobrevivente; IV. Aos colaterais; V. Aos municípios, ao distrito federal ou à União”.

Veja que a ordem era a seguinte: em primeiro lugar herdava os descendentes, sob o fulcro do princípio da solidariedade que por sua vez preconiza o dever de assistência mútua entre os membros da mesma família, dando maior atenção, principalmente, à prole que se presume dependente.

Outro fundamento era o da afetividade. Por conseguinte, os filhos deveriam herdar pelo grau de proximidade intensa entre estes e seus pais.

Em seguida tinha-se como herdeiros os descendentes.

Inexistindo descendentes e ascendentes, então o cônjuge sobrevivente passava a herdar

Esse dispositivo afastava o cônjuge da herança, pois alçava-o a uma terceira categoria de herdeiros. Destarte, a pessoa que mais esteve presente durante a vida, com a morte é afastado da recompensa de herdar de seu consorte. Dividiram a vida, e a morte os isolava não somente fisicamente, como também patrimonialmente.

Em seguida na ordem de vocação hereditária tínhamos os colaterais. Nesse caso, no princípio, essa classe herdava até o décimo grau, depois passou a herdar até o sexto grau e por fim até o quarto grau, como já foi visto anteriormente.

Se faltante todas essas classes o patrimônio do “de cujus” ia para o Município, seguido do Distrito Federal e por última pela União.

Com o advento do novo Código Civil, a ordem de vocação no Código Civil passou a ser a disposta no art. 1.829, *in literis*: “I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640 § único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais”.

Posto isto, far-se-á a análise deste novo dispositivo.

3.3 Meação e herança do cônjuge sobrevivente

3.3.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A grande alteração referente ao direito sucessório do cônjuge no situa-se no sentido de que, agora, passa a herdar em concorrência com os descendentes e ascendentes, sem prejuízo de sua meação.

Ressalte-se: o cônjuge também assume o papel de herdeiro necessário.

Até 1977 o regime de bens legal no Brasil era o da comunhão universal. Por esse regime o cônjuge, com a dissolução da sociedade conjugal, recebia metade de todo o patrimônio do casal, seja os bens adquiridos antes ou durante a constância do casamento. Estava, portanto, suficientemente garantido na divisão dos bens.

Em 1977 sobreveio a Lei do Divórcio, e com ela o regime legal passa a ser o da comunhão parcial de bens. Por esse regime o cônjuge sobrevivente, com a morte de seu consorte, mearia apenas nos aquestos e os bens adquiridos antes do casamento seriam entregue aos herdeiros.

Caso o *de cuius* não tivesse adquirido nada ou quase nada durante o casamento o cônjuge sobrevivente ficaria totalmente alijado do patrimônio do falecido.

Por conta disto, o legislador de 2002 conferiu ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer com os descendentes e na sua falta com os ascendentes. É neste desiderato a Mensagem nº160, ao Congresso Nacional, que trás a exposição dos motivos do Código Civil de 2002:

Seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o cônjuge a ser considerado herdeiro necessário, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto. (Texto retirado do livro Direito Civil – Sucessões de Gustavo Rene Nicolau, 2005, p. 79).

Em linhas gerais, pretendeu-se que o cônjuge sobrevivente herdasse onde não fosse meeiro. E para isso o primeiro requisito exigido é exatamente o cônjuge ser “casado”. Por consequência, fica afastado o cônjuge separado judicialmente e o separado de fato há mais de dois anos, salvo se provar que a vida em comum se tornou insuportável não por sua culpa, conquanto essa prova se mostre impossível, senão diabólica, pois a outra parte não poderá contraditar uma vez que é o “de cujus”.

O requisito seguinte situa-se no campo dos regimes de bens. E o artigo supra citado dispõe que não poderá herdar o cônjuge casado no regime de comunhão universal e separação obrigatória. Veja-se:

3.3.2 REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL

Nessa modalidade de regime os cônjuges têm antes do casamento cada um seu patrimônio pessoal, particular. E com o casamento os cônjuges tornar-se-ão automaticamente meeiros dos bens presentes e futuros do seu consorte.

Resumidamente: o que era do cônjuge antes de se casar passa a ser de ambos ao se casarem.

Segundo Nicolau (2005, p.80) “como já visto, a premissa do legislador de 2002 foi conceder direito à herança para os casos em que a meação não existia ou – caso existisse – não fosse suficiente para conceder estabilidade e a segurança à viúva”.

Portanto, a intenção da lei foi garantir herança para os cônjuges que não tivessem direito à meação. E, haja vista que os casados sob o regime da comunhão universal já possuem a meação da totalidade dos bens do falecido, não há que se falar de herança.

Neste passo, se o cônjuge falecido deixou descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente terá direito apenas à meação. No entanto, não se perca de vista as lições de Neves (2006, p. 67):

Como se vê, não se confundem as qualidades de meeiro e herdeiro. O cônjuge sobrevivente, de acordo com as circunstâncias, pode ser apenas meeiro (se o regime for o da comunhão universal e o de cujus tiver deixado descendentes),

meeiro e herdeiro (se o regime for o da comunhão universal ou parcial e o morto não tiver deixado descendentes). Por fim, é possível que o cônjuge sobrevivente não tenha direito à meação nem à herança, quando, por exemplo, o regime for o da separação legal e o morto tiver deixado descendentes.

Veja, então, que mesmo no regime de comunhão universal é possível o cônjuge sobrevivente herdar. E isso, ocorre quando o *de cuius* não deixou descendentes nem ascendentes. Nesse caso, o cônjuge supérstite meará e herdará.

3.3.3 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

No art. 1829, I, CC quando o legislador se refere ao regime de separação obrigatória, prevê-o no art. 1640, § único. E isso foi um equívoco de redação, já que o citado regime de bens tem previsão no art. 1641, do Código Civil.

Vale expô-lo:

Art. 1.641, CC. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II - da pessoa maior de sessenta anos;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

O inciso I claramente busca evitar a confusão patrimonial. Assim, enquanto um viúvo não fizer partilha dos bens da esposa falecida, somente poderá casar-se pelo regime de separação de bens. O mesmo se diga em relação ao divorciado que ainda não realizou a partilha dos bens do primeiro casamento.

Ao nosso ver, essa regra se justifica a fim de preservar o patrimônio dos herdeiros que podem ser prejudicados pelo novo casamento do viúvo. Vale o mesmo em relação à preservação do patrimônio do divorciado, que poderá ser prejudicado pelas novas núpcias do seu ex-cônjuge caso não tenha havido prévia partilha de bens.

Porém, é no mínimo questionável a regra dos incisos II e III. A *mens legis* dessa restrição é a proteção dos jovens e dos idosos, e “pretende” evitar que pessoas inspiradas apenas pelo interesse econômico venham a convolar núpcias com aquelas.

Deste modo, quem quer casar após os 60 (sessenta) anos tem subtraída de forma injustificável, aleatória e discriminatória a plenitude de sua capacidade para eleger o regime de bens que lhe aprouver. Absurdamente é imposto o regime da separação legal de bens, que gera a total incomunicabilidade para o passado e para o futuro.¹²

Por isso, quer-nos parecer que deva ser reavivada a Súmula 377, do Supremo, que prevê: *no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*, “por desforço comum”.

Por conta dessa súmula parte da jurisprudência entende que o cônjuge supérstite terá o direito à meação mesmo no caso do casamento sob o regime de separação obrigatória, para evitar-se o locupletamento de um em detrimento de outro.

No entanto, é preciso esclarecer que a súmula 377 do STF foi elaborada sob a égide do Código Civil de 1916, que no seu art. 259 preconizava que *embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento*.

Ocorre que com o advento do Código Civil de 2002 essa disposição não foi reproduzida. Portanto, em tese, a súmula teria perdido força. Neste sentido Euclides de Oliveira (2005, p. 100):

Com o advento do novo Código Civil, deixou de ser reproduzida a norma do art. 259 do Código anterior, que dava sustento à interpretação de comunicação dos aqüestos no regime da separação obrigatória de bens e servia de fundamento à própria Súmula 377. Significa que, nesse regime estipulado por lei, por ser obviamente de separação, lugar não haverá para comunicação dos bens que venham a ser adquiridos pelos cônjuges no curso do casamento.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Amor não tem idade*. CD-Ron, Magister.

Ciente da injustiça da medida, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2003, p. 805) fazem pontual sugestão:

De fato, a solução do CC 1829 I não se coaduna com a finalidade institucional do regime jurídico da separação de bens no casamento. Manifestações da doutrina e do público em geral evidenciam, entretanto, que a vontade da lei não corresponderia à vontade geral com relação, principalmente, à condição de herdeiro dos casados sob o regime da separação convencional de bens. Destarte fazemos sugestão para que a norma possa ser reformada, no sentido de excluir-se do CC 1829 I a expressão 'obrigatória', bem como a remissão equivocada ao CC 1640 par. ún. [...] Essa solução é *de lege ferenda*, porquanto *de lege lata* não há como escapar-se da interpretação restritiva da expressão "separação obrigatória de bens".

Ao nosso sentir, a posição acima pode ser inclusive mais radicalizada, e concordamos com o posicionamento de Gustavo Tepedino.¹³ Para ele, a Súmula não se aplicaria nas hipóteses do art. 1641, I e II. Isto porque as causas que impõe a aplicação da separação obrigatória são transitórias e podem ser superadas a qualquer momento. Deste modo, se o menor de idade se casa, ao atingir a maioridade cessou a imposição do regime de separação; o mesmo se diga em relação ao viúvo que não fez a partilha dos bens da ex-cônjuge falecida. Se fizer, igualmente cessa o motivo da separação obrigatória.

E, nestes casos, haja vista a possibilidade da modificação do regime de bens (art. 1639, par. 2º.), cessado o motivo que impunha a separação obrigatória os cônjuges poderiam a qualquer momento pleitear a alteração do regime. Se não o fizeram, é porque aceitaram que permanecessem sob tal regime.

Porém, ao maior de 60 (sessenta) anos não é dada essa oportunidade, posto que, por óbvio, sempre vai ter mais de 60 (sessenta) anos e por conseguinte a restrição legal será perene. Deste modo, para Tepedino, "a limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir precaução, se constitui em verdadeira sanção".

¹³ *Controvérsias sobre regimes de bens no novo código civil*, in Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões, 02/08.

Como lembra Maria Berenice Dias, “amor não tem idade”. E, assim, se um maior de 60 (sessenta) anos casar-se, conquanto lhe seja aplicável o regime da separação obrigatória de bens, por princípio geral de direito impeditivo do locupletamento há de se aplicar a Súmula 377, do STF, impondo-se a comunicação dos aquestos.

3.3.4 REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS COM AUSÊNCIA DE BENS PARTICULARES

Por fim, a parte final do art. 1829, I, CC, que dispõe sobre a hipótese de o casamento ter si realizado sob o regime de comunhão parcial de bens e o autor da herança não ter deixado bens particulares.

Pelo regime de comunhão parcial de bens, formar-se-á “três espécies de patrimônio”: o patrimônio próprio do marido, o patrimônio próprio da mulher e o patrimônio formado pelos bens comuns, que serão aqueles adquiridos na constância do casamento (aquestos).

Com a dissolução da sociedade conjugal pela morte, o cônjuge supérstite irá mear em relação aos bens adquiridos na constância do casamento (bens comuns).

Diante desse direito de meação que lhe é conferido o legislador presumiu estar o cônjuge supérstite já garantido. Via de consequência, determinou que este não herdará se o falecido deixou apenas bens comuns, posto que já contará com a meação.

Se o falecido tiver bens comuns (os adquiridos na constância do casamento e que entram na comunhão) e bens particulares (os que não entram na comunhão), o cônjuge sobrevivente meará os aquestos e herdará parte dos bens particulares, em concorrência com os descendentes ou ascendentes.

Na hipótese em apreço, uma vez que existirão apenas bens comuns, o cônjuge sobrevivente será meramente meeiro.

3.3.5. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS COM BENS PARTICULARES DO *DE CUJUS*

Como se viu, no regime de comunhão parcial de bens ter-se-á a formação de três massas patrimoniais: bens particulares do marido; bens particulares da esposa; massa patrimonial formada pelos aquestos.

Com o falecimento de um dos cônjuges, o sobrevivente meará sobre os aquestos e herdará sobre os bens particulares em concorrência com os descendentes ou ascendentes.

Veja que a sistemática é simples: O cônjuge sobrevivente meará em relação aos bens que na realidade já lhe pertencia, mas que dividia com o *de cujus* formando verdadeiro condomínio. E herdará em relação aos bens particulares deixados pelo autor da herança, pois é herdeiro necessário.

Entretanto, existirão peculiaridades se além do cônjuge supérstite houver descendentes e ascendentes.

3.3.6. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS: CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E DESCENDENTES

Caso o falecido tivesse descendentes, nos termos do art. 1829, I, do Código Civil, serão seus herdeiros, em concorrência, o cônjuge e estes descendentes.

Ademais, caberá ao cônjuge sobrevivente quinhão igual ao dos descendentes que herdarem por cabeça. Por conta disto, caso haja a esposa sobrevivente e dois filhos, a herança será dividida em três partes.

Se houver esposa sobrevivente, um filho que herda por nome próprio e três netos que herdaram por representação de filho pré-morto, a cota parte da esposa manter-se-á em 1/3, posto que a reserva da cota se faz em relação aos que herdaram por cabeça, e não por estirpe.

Conforme o Conselho da Justiça Federal, enunciado 270, o art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Em tempo, em qualquer hipótese a cota do cônjuge sobrevivente não será inferior à quarta parte da herança, se for ascendente (pai, mãe, avô, avó) dos herdeiros com que concorrer.

Assim, imagine-se uma mulher que tenha morrido, deixando marido vivo e 06 (seis) filhos deste casamento, bem como bens particulares não passíveis de meação. Ao homem caberá $\frac{1}{4}$ da herança, posto ser cônjuge sobrevivente ascendente dos demais herdeiros. Os outros $\frac{1}{3}$ da herança serão divididos em 06 (seis) partes, cada uma devida a cada um dos filhos.

Caso os descendentes não sejam igualmente descendentes do cônjuge sobrevivente, a este caberá apenas uma parte idêntica ao que couber aos demais herdeiros (CC, art. 1832).

A lacuna legislativa diz respeito quando o cônjuge sobrevivente for ascendente de alguns descendentes do falecido, e não de outros. Em outras palavras: morto o pai, deixa esposa que é mãe de 02 (dois) filhos seus, e outros três filhos que não são descendentes da esposa. Caberá a esta, neste caso, a reserva de $\frac{1}{4}$ do patrimônio, uma vez que há, na hipótese, descendentes seus e outros não?

Duas posições se firmaram: uma, que parte da premissa de uma interpretação restritiva, conferindo à cônjuge apenas uma parte idêntica; outra, proposta pelo IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família, que prevê que nesta hipótese o cônjuge teria direito a reserva de $\frac{1}{4}$ do patrimônio.

3.3.7 CONCORRÊNCIA: CÔNJUGE X ASCENDENTE

Assim determina o art. 1836, do Código Civil, *in literis*: “Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”.

Nessa hipótese de concorrência não temos restrições e requisitos a serem preenchidos. Simplesmente haverá concorrência entre cônjuge e ascendente, desde que não haja descendentes e seja qual for o regime de bem, havendo ou não bens próprios ou bens comuns.

A atenção deve ser dada no aspecto das quotas. Nesta passo, havendo pai e mãe caberá ao cônjuge supérstite $\frac{1}{3}$ da universalidade da herança. Já se os ascendentes forem avô ou avó, as duas avós ou avôs, ou

ainda somente o pai ou somente a mãe a eles caberá $\frac{1}{2}$ da herança ficando a outra metade com o cônjuge sobrevivente. Essa é a redação do art. 1837, do Código Civil: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.”

Há ainda a hipótese de não haver descendentes e ascendentes. Nessa hipótese ocorrerá a destinação de toda herança para o cônjuge supérstite¹⁴.

3.3.8 REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Quanto ao regime da separação convencional de bens, haja vista sua própria natureza, é característico a não comunicação de qualquer tipo de bem, seja próprio ou adquirido na constância do casamento. Não restaria qualquer margem à discussão.

Ocorre que, como já foi dito, o legislador, ao elaborar o art. 1829, I, CC, pretendeu assegurar ao cônjuge supérstite direito de herança quando este não tivesse uma meação garantidora de uma vida digna, ou quando sequer tivesse direito a ela.

É o que ocorre no regime de separação convencional de bens, uma vez que o cônjuge sobrevivente não meará.

Diante disso editou-se o outrora igualmente citado Enunciado nº 270, do Conselho de Justiça Federal na, III Jornada de Direito Civil:

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência

¹⁴ Se se seguisse a ordem de vocação hereditária passar-se-ia a analisar os colaterais. Ocorre que o presente trabalho se limita a explicar sobre os direitos sucessórios do cônjuge e em seguida do companheiro, traçando as diferenças entre eles; e a sucessão do colateral somente ocorrerá se não existir os descendentes, ascendentes e o nosso foco de estudo: cônjuge e companheiro. Sendo assim além de pouco freqüente a sucessão colateral refoge ao nosso estudo.

se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes¹⁵.

A mais respeitada doutrina brasileira segue, na maioria, esse entendimento.

Deste modo, no regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente será herdeiro.

3.4 QUADRO 01 – Quotas do cônjuge em todas as possibilidades de concorrência

QUOTAS	
Cônjuge concorrendo com até três descendentes comuns:	Quinhão igual (1/3 para cada).
Cônjuge concorrendo com mais de três descendentes comuns:	¼ para o cônjuge e 75% divide-se entre os descendentes.
Cônjuge concorrendo com mais de três descendentes exclusivos:	Quinhão igual para todos, cai o piso de herança de 1/4 para o cônjuge.
Hipótese híbrida:	Há divergências quanto ao piso de ¼. Predomina a não concessão de ¼.
Cônjuge concorrendo com ascendentes – Pai e mãe:	1/3 para cada.
Cônjuge concorrendo com ascendentes – Pai ou mãe:	½ para cada.

4 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

¹⁵ <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>, em 3/12/09.

4.1 Considerações Gerais

Tem-se a união estável como uma das formas de entidade familiar reconhecida pela Constituição Federal de 1988.

Ocorre que esse reconhecimento conferido pelo ordenamento jurídico não é suficiente para garantir uma igualdade material entre a união estável e o casamento, que é a forma mais tradicional de constituição de sociedade conjugal até então.

Não obstante, ainda há resquícios de cercamento de direitos e comportamentos latentemente preconceituosos em relação àqueles que vivem em união estável. Isso ocorre, por exemplo, quando o casal vai até uma repartição pública ou privada e precisa para ser atendido preencher uma ficha de dados. Nesta ficha, se já previamente pronta, certamente não aparecerá como opção de estado civil a expressão “amigado”, “amasiado” ou “companheiro”. Mas há com toda certeza a opção “casado”.

Diante dessa celeuma é que surgiu a questão se é possível o reconhecimento de um estado civil de pessoas que vivem em união estável.

Nesse ponto, surgiram aqueles entendimentos no sentido de que existe sim um estado civil para tais pessoas, já que a união estável gera efeitos jurídicos até mesmo em relação a terceiros.

No entanto, há também parte da doutrina que entende que a união estável não gera estado civil nenhum, e por dois motivos: primeiro, porque não há previsão legal nesse sentido; e, segundo, porque a união estável não é objeto de registro, ou seja, de uma formalidade, por isso há quem sustente que aquele que é casado pode provar seu estado civil através da sua certidão de casamento, mas aquele que vivem em união estável não tem como provar seu estado civil. A dificuldade se estende até mesmo para comprovar o início da união estável.

Essa falta de reconhecimento concreto da própria sociedade civil refletiu de maneira direta no tratamento legal dado pelo Código Civil de 2002 ao companheiro no aspecto da sucessão legítima.

Nesta Lei o companheiro não titulariza a condição de herdeiro necessário. Sendo assim, se o companheiro falecido deixar testamento dispondo todo seu patrimônio na integralidade a quem pretender, o outro

companheiro será totalmente excluído da sucessão. Por consignar, essa hipótese é absolutamente impossível na sucessão do cônjuge.

Nas palavras de Dias (2005, p. 134):

A inclusão do cônjuge, mas não do companheiro, como herdeiro necessário tem levado a questionamentos sobre a constitucionalidade de tal diferenciação, que não constava na legislação pretérita e nem é desejada por ninguém.

Há argumentos quanto a potencial inconstitucionalidade dessa regra, já que aqui não foi alcançada a igualdade material e sequer a igualdade formal entre cônjuges e companheiros, pois a própria lei os trata de maneira distinta sem qualquer critério justificador para esse tratamento desigual, uma vez que ambos viveram em comunhão de vidas até que o evento morte os separassem.

Porque então o tratamento desigual? Será que a Constituição avançou, mas a sociedade na verdade continua a pré-julgar pessoas que vivem juntas sem legalizar a união nos moldes tradicionais?

Ora, se a Constituição reconhece a união estável e quer sua conversão em casamento facilitada, não se justificaria a norma infraconstitucional, mesmo que o Código Civil, promover tratamento desigual entre as entidades familiares casamento e união estável.

4.2 Direito sucessório do companheiro

Em linhas gerais, o modelo sucessório do companheiro leva a formação de três patrimônios distintos: o patrimônio formado pelos bens particulares do companheiro; o patrimônio formado pelos bens particulares da companheira; e um terceiro patrimônio formado pelos bens comuns conquistados *onerosamente* na constância da união estável.

O companheiro sobrevivente fica excluído de herdar os bens particulares do falecido, uma vez que não é contemplado como herdeiro necessário pelo Código Civil de 2002.

Cabe-lhe, contudo, mear e herdar concomitantemente o conjunto de bens comuns conquistados onerosamente durante a constância da união estável.

Note-se que a regra citada nos capítulos anteriores de que “onde mear não irá herdar” não se aplica na união estável. Conforme leciona Nicolau (2005, p. 101):

Quando a hipótese era de casamento, foi visto que a **base de cálculo** (*entenda-se: a massa patrimonial em que o cônjuge concorreria com descendentes*) constituía-se justamente de bens particulares do *de cujus*, visto que nos bens comuns o supérstite já havia feito a sua meação.

Pode-se constatar que quanto ao companheiro ocorre exatamente o oposto: este meará e herdará os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

No entanto, quanto aos bens particulares deixados pelo *de cujus*, estes serão transmitidos aos seus herdeiros legítimos.

Surge então a questão: Para efeitos sucessórios, será melhor casar-se? E a resposta é: depende. Vejam-se os exemplos:

Imagine-se que os companheiros constituíram uma união estável com muitos bens próprios e no decorrer da união adquiriram apenas uma casa, ou um automóvel. Neste caso seria melhor terem se casado, pois ao estabelecerem uma união estável a sucessão recairá apenas sobre essa única casa ou automóvel, ficando o grande número de bens comuns para os herdeiros legítimos.

Mas, se constituíram essa união praticamente sem nenhum patrimônio e no decorrer da constância adquiriram onerosamente a grande maioria dos bens que possuem, nesse caso o companheiro supérstite herdará mais do que se fosse casado com o *de cujus*. Isso ocorre porque o companheiro irá herdar onde mear quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

São escassas as disposições feitas aos companheiros no Código Civil de 2002. E uma dessas disposições prevê as quotas quando houver concorrência entre o companheiro sobrevivente e os demais herdeiros legítimos do *de cujus*. Lê-se no art. 1.790:

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.

Como decorrência deste artigo, analisar-se-á as situações de concorrência que sujeita o companheiro na órbita do Código Civil de 2002.

4.3 Companheiro concorrendo com descendentes comuns

Nesse caso específico o companheiro sobrevivente herdará, vale dizer, “*terá direito a uma quota equivalente a que por lei for atribuída ao filho*”, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Isso significa que terá direito a herdar a mesma quota que o herdeiro comum igualmente herdará. E vale lembrar essa herança recairá sobre a outra metade do patrimônio onde o companheiro já meou, que é exatamente os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Caberá ainda aos herdeiros legítimos herdarem sozinhos em relação aos bens particulares deixados pelo *de cuius*.

O que se tem de relevante nesse inciso é justamente a diferença do tratamento atribuído ao companheiro em relação ao cônjuge. Isto porque o “companheiro” não tem direito ao mínimo de $\frac{1}{4}$ da herança que é assegurado ao cônjuge justamente pelo art. 1832, do Código Civil.

Esse mínimo assegurado pelo Código Civil ao cônjuge é bem explicado por Nicolau (2005, p.89):

(...) concorrendo com descendentes **comuns** (a saber, concorrendo ao mesmo tempo com descendentes que sejam ao mesmo tempo do de cuius e da viúva), o art. 1832 preserva o que denominei de “*piso da herança*”. É o mínimo de $\frac{1}{4}$ da herança garantido ao cônjuge. Isso significa que, havendo mais de três descendentes, e sendo **todos comuns**, no mínimo a quarta parte ficará para o cônjuge e o restante divide-se entre os **descendentes comuns**.

Nas palavras de Oliveira (2005, p. 113):

Em aplicação prática desse dispositivo, tem-se que a herança será partilhada por cabeça, entre os descendentes e o cônjuge. O valor cabível para o descendente será também devido ao cônjuge. A operação é singela, quando existente não mais de três descendentes filhos, bastando que se faça a divisão pelo número de filhos mais o cônjuge. Se houver um filho, receberá metade da herança, e o cônjuge terá a outra metade. Sendo dois os filhos herdeiros, divide-se a herança por três, incluindo o cônjuge. Na hipótese de três filhos, mais o cônjuge, partilha-se por quatro a herança, tocando uma quarta parte a cada um. Complica-se o cálculo da quota devida ao cônjuge sobrevivente no caso de haver mais de três filhos, diante da reserva legal de quarto da herança ao cônjuge, desde que seja também ascendentes dos herdeiros com quem concorrer.

Veja que finalidade precípua do dispositivo foi privilegiar e proteger o cônjuge sobrevivente. Finalidade esta não despendida ao companheiro.

Outra questão que se mostra importante é quanto à expressão “filhos comuns” utilizada pelo legislador. A importância é explicada, já que da expressão deriva a dúvida: o legislador restringiu a concorrência apenas em relação a filhos comuns ou em relação a qualquer descendente comum, como netos, bisnetos etc? Ou aos outros descendentes comuns aplicaremos o art. 1790, III, CC que disciplina os “*outros parentes sucessíveis*”?

A posição mais acertada é aquela que defende que a expressão “filhos comuns” deve ser entendida como “descendentes comuns”, isso com a aplicação de uma interpretação extensiva, já que o legislador disse menos do que queria dizer. Isso é confirmado, logo em seguida, pela disposição do art. 1790, II, CC que utiliza adequadamente a expressão “descendente”, assim como uma forma de coadunar com o inciso II, o inciso I também deve ser entendido como “descendentes”.

Além disso, é nítido que o legislador pretendeu regular a concorrência do companheiro com os seus “descendentes comuns”, assim além da interpretação extensiva há de se aplicar também a interpretação teleológica.

Francisco J. Cahali elaborou sobre a questão um enunciado na III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal ocorrida nos dias 01, 02 e 03 de dezembro de 2004. Eis o enunciado número 266:

Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns. (Enunciado retirado no dia 20/10/09 às 10h49min do site: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>).

Ao pontofinalizar-se, tem-se que o companheiro concorre com os descendentes do falecido, com direito a uma quota idêntica a cada um deles, sem lhe ser reservado o mínimo de 1/4.

4.4 Companheiro concorrendo com descendentes exclusivos do autor da herança

Nesse caso, o companheiro foi mais desprivilegiado ainda. Isso porque terá direito a metade do que cada um dos descendentes herdarem.

O cálculo nessa situação específica se dá da seguinte maneira:

- Companheiro sobrevivente = 1x.
- Descendentes do autor da herança = 2x.
- Total da herança / descendentes + companheiro.
- O resultado da equação acima deve ser empregado de acordo com 1x ou 2x a depender se trata-se de companheiro ou descendente.

Vejamos um exemplo hipotético.

O autor da herança deixa um patrimônio de R\$ 500.000,00. Deixa uma companheira e dois descendentes exclusivos. Assim teremos:

1ª Etapa: R\$ 500.000,00 (total da herança).

2ª Etapa:

- Companheira= 1x.
- Descendente 1= 2x.
- Descendente 2= 2x.

3ª Etapa: R\$ 500.000,00 / 5x (soma da companheira equivalente a 1x e aos descendentes equivalente a 2x cada um deles).

4ª Etapa: x = 100 mil reais.

5ª Etapa: A companheira terá direito a R\$ 100.000,00 (1x) e cada descendente a R\$ 200.000,00 (2x).

Trata-se do raciocínio embasado por Silvio Venosa (2003, p. 121): “atribui-se, portanto, peso 1 à porção do companheiro e peso 2 à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão na partilha”.

4.5 hipótese híbrida de descendentes

Eventualmente o companheiro falecido detém filhos da sua união estável e outros que não são da mesma companheira. Ter-se-á, *in casu*, a hipótese híbrida de filiação e um imbróglio jurídico justamente porque há omissão legislativa para solucionar a questão.

Destarte, surgiram duas teorias: a primeira seria aplicar o inciso I, do art. 1790, CC, e conceder a todos os herdeiros indistintamente o mesmo tratamento cabendo, portanto, ao companheiro sobrevivente “*uma quota equivalente a que por lei for atribuída ao filho*”.

Esta é a tese de Silvio Venosa (2003, p. 121), para quem “se houver filhos com o do de cujus e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira”.

Na mesma linha de pensamento de Silvio Venosa estão Francisco José Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Rolf Madaleno e Caio Mário da Silva Pereira.¹⁶

A segunda possibilidade seria a aplicação do inciso II do também art. 1790, CC, e considerar o companheiro concorrendo como se fosse apenas descendente do autor da herança, tocando-lhe “*a metade do que couber a cada um daqueles*”.

¹⁶ Dado retirado do artigo: “Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente – Uma proposta de harmonização do sistema de Mario Luiz Delgado Disponível em: http://www.jfjb.gov.br/esmafe/Pdf_Doutrina/Controv%C3%A9rsias%20na%20sucess%C3%A3o%20do%20conjuge-M%C3%A1rio%20Delgado.pdf

Nesse sentido Oliveira (2005, p. 171):

Em face da diversidade de posicionamentos por omissão e dubiedade da norma legal, penso que a interpretação mais consentânea e que poderá vingar no tumulto interpretativo da disposição em comento será a de atribuir ao companheiro quota igual a dos descendentes apenas quando seja ascendente de todos os habilitados na herança. Na situação inversa, subsistindo filhos de outra origem, ainda que concorrendo com filhos em comum entre o autor da herança e o companheiro, a este tocaria somente a metade de cada quota hereditária.

Comungam com esta opinião Zeno Veloso e Sebastião Amorim.

Há ainda quem entenda que se deve aplicar nesse caso o art. 1790, III, CC, conferindo 1/3 da herança ao companheiro, pois o referido dispositivo trata da situação deste concorrer com outro parente sucessível. Seria a linha de pensamento de Mario Roberto Carvalho de Faria. Contudo, parece ser voz isolada.

4.6 Concorrência com outros parentes sucessíveis

“Parentes sucessíveis” seriam os colaterais até o quarto grau. Nessa hipótese aplica-se o art. 1790, III, CC que disciplina que quando o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância do relacionamento, sem prejuízo da meação.

Deste modo, se o falecido deixar companheira e pais vivos, cada qual herdará 1/3 da parte do *de cuius*, assegurando-se a meação da companheira. No entanto, os bens particulares são exclusivos dos pais.

Agora imagine-se que o *de cuius* não tem pais, mas sim um parente mais remoto, como por exemplo, um tio-avô sem qualquer contato próximo. Esse mesmo tio-avô ficará com 2/3 da herança restando 1/3 para o companheiro sobrevivente.

E a situação se agrava ainda mais se o falecido deixou somente bens particulares, hipótese que somente o parente distante herdará em prejuízo ao companheiro de uma vida.

4.7 Ausência de qualquer parente sucessível

Trata-se da hipótese prevista no art. 1790, IV, CC, que disciplina que em não havendo parentes sucessíveis o companheiro ficará com a totalidade da herança.

Ocorre que a letra fria da lei poderia levar a uma situação de extrema injustiça no caso do *de cujus* deixar somente bens particulares, hipótese esta onde o companheiro sobrevivente não herdaria nada, conferindo-se o patrimônio ao município.

Em razão dessa patente injustiça a doutrina tende a aplicar o art. 1844, CC, que prevê:

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Isso significa que o Município ou Distrito Federal somente ficaria com a herança se não sobrevier o cônjuge ou companheiro.

Ao nosso ver, extreme de dúvida ser correta essa aplicação.

4.8 Panorama do art.1790 do Código Civil

O art. 1790 está inserido nas disposições atinentes à união estável. Logo, sequer teve capítulo próprio ou no mínimo inserido nas mesmas disposições relativas aos demais herdeiros.

Note-se o tratamento diferenciado, inclusive quanto à localidade tópica das disposições.

E quando se compara a sucessão do cônjuge e do companheiro, resumidamente aposta no quadro abaixo, percebe-se ineludivelmente que o cônjuge é flagrantemente privilegiado.

Por conta disto, foramularam-se algumas considerações de inconstitucionalidade oriundas de juízes da Vara de Família do interior de São Paulo, em um encontro realizado pela Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, em conjunto com a Associação de Magistrados de São Paulo, no ano de 2006, *in verbis*:

49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

51. O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é herdeiro necessário, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido.

52. Se admitida a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança deixada pelo outro, na falta de parentes sucessíveis, conforme o previsto no inciso IV, sem a limitação indicada na cabeça do artigo.” (Consulta ao site http://www.conjur.com.br/2006-nov-26/veja_enunciados_formulados_varas_familia?pagina=3 consulta realizada no dia 19/10/2009 às 22:27).

Fazemos coro integral a esta posição.

QUADRO 2 – Possibilidades de concorrência do companheiro no Código Civil de 2002

DESCENDENTES COMUNS (Art.1790, I, CC)	DESCENDENTES EXCLUSIVOS DO AUTOR DA HERANÇA (Art.1790,II,CC)	DESCENDENTES HÍBRIDOS (art.1790,I,II,CC)	OUTROS PARENTES SUCESSÍVEIS (Art.1790,III,CC)	AUSÊNCIA DE PARENTES SUCESSÍVEIS (Art.1790,IV,CC)	CÔNJUGE SOBREVIVENTE
--	---	---	--	--	----------------------

COMPANHEIRO	Terá direito a quota equivalente do filho.	Terá direito à metade do que couber a cada descendentes exclusivo.	Há divergência quanto à aplicação do inciso I ou inciso II.	Terá direito à 1/3 da herança.	Terá direito a totalidade da herança.	Herdará os bens adquiridos onerosamente na constância da união. Ficando os anteriores ao ex-cônjuge.
PONTOS POLÊMICOS	<ul style="list-style-type: none"> - O companheiro não tem proteção ao mínimo de ¼ da herança garantido ao cônjuge. - Inadequação da expressão "filhos comuns". 	Desprivilegio do companheiro X Proteção aos descendentes.	Omissão Legislativa.	Surgimento de situação de injustiça quando o de cujus somente deixar bens particulares e na hipótese do companheiro herdar somente 1/3 quando há parentes distantes.	Aplicação ou não do art. 1844, CC que prevê que o Município e DF somente ficarão com os bens na ausência do companheiro ou cônjuge, em relação aos bens particulares.	Surge a questão de ser moral ou não o ex-cônjuge herdar os bens adquiridos com o esforço conjunto do companheiro.

5 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E USUFRUTO VIDUAL

5.1 Direito real de habitação: Considerações Gerais

O direito real de habitação teve origem no Direito Romano e pode ser bem explicado pela seguinte frase: "*uti potest frui non potest*", que, em linhas gerais, gera ao seu titular o direito de habitação sobre o bem e não os plenos direitos de propriedade. Nesse sentido, Gomes expõe que (1999, p. 309): "(...) o uso e a habitação constituem usufrutos em miniatura."

Deste modo, o direito real de habitação é o direito de moradia garantido ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, sem prejuízo de sua participação na herança, desde que seja o único imóvel residencial do casal.

Trata-se de um direito personalíssimo invocável somente pelo cônjuge supérstite, garantindo-lhe a moradia especificamente em relação ao

imóvel que era residência do casal enquanto estava vivo o *de cuius*. É o que defende Oliveira (2005, p. 136):

Na formalização da partilha dos bens aos herdeiros há de constar cláusula referente ao direito de habitação do cônjuge. Levando-se à registro o formal de partilha, aquele direito constará também do fôlio registrário, para publicidade com relação à terceiros. Mas não se trata de formalidade essencial à validade do ato, uma vez que o caráter legal do direito de habitação dá-lhe sustento ainda mesmo quando não tenha constado esse direito dos termos da partilha.

Vê-se, pois, que a garantia do direito real de habitação prescinde de formalidades, sendo certo, contudo, que o cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.

5.2 Da exclusividade do imóvel residencial

O direito real de habitação apresenta como requisito para sua concessão a indispensabilidade de ser único o imóvel para fins de residência, a teor do art. 1831, do Código Civil, que prevê:

Art. 1831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, 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 daquela natureza a inventariar.

Essa redação leva a situações inusitadas de exclusão do direito real de habitação. Por exemplo, se o *de cuius* dispõe na sucessão testamentária de todos os imóveis, remanescendo à parte legítima apenas créditos, bens móveis, bens imóveis de natureza não residencial ou qualquer outro valor. Nesta hipótese, haja vista não existir na parte legítima imóveis residenciais, o cônjuge sobrevivente não terá direito real de habitação.

Ou, por exemplo, quando o *de cuius* deixar dez casas de aluguel, hipótese em que o cônjuge sobrevivente meará em todas, mas não terá assegurado a habitação em nenhuma dessas casas.

É claro que meará em todos os imóveis residenciais, mas não terá a segurança de garantir a sua moradia em um específico.

Assim defendemos a aplicação de uma interpretação teleológica, no sentido de manter o direito real de habitação mesmo havendo mais de um imóvel. Nesse sentido, Oliveira (2005, p. 137):

Outro aspecto a merecer crítica diz com a ressalva do art. 1.831 (a repisar quanto constava do Código revogado, no art. 1.611, §2º), no sentido de limitar o direito real de habitação ao fato de o imóvel residencial ser “o único daquela natureza a inventariar”. Trata-se de restrição incompreensível na medida em que, se o casal possuía duas ou mais residências (como na hipótese de casa de veraneio), evidente se afigura que o direito de habitação, antes ampliado, deveria manter-se, deixando à livre escolha da viúva a permanência neste ou naquele prédio residencial.

Digna de aplauso a solução declinada pelo referido autor de ao invés de negar o direito real de habitação nesses casos, garantir que continuasse habitando um dos imóveis ou garantir que passe a morar em outro prédio com as mesmas condições de conforto que antes gozava.

Trata-se de interpretação que foca o valor social e a dignidade que a moradia proporciona a pessoa.

Por fim, o Código Civil de 2002 não previu a hipótese de direito de habitação ao filho portador de deficiência e impossibilitado para o trabalho, antes previsto no art. 1.611, §3º, do Código Civil de 1916, introduzido naquela legislação pela lei 10.050/2000.

E a essa omissão fazemos uma crítica, pois é inegável o caráter social e de dignidade atrelado a essa proteção.

5.3 Direito real de habitação do companheiro

É controvertida a extensão do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente e remonta à Lei 9278/96, que inicialmente o previu.

Isso porque alegava-se que a referida lei atribuía mais direitos aos companheiros do que aos cônjuges. E a explicação é a seguinte: O cônjuge sofria a restrição de ter o direito real de habitação condicionado a

determinado regime de bem (Código Civil antigo). No caso, somente teria direito de habitação aquele cônjuge que constituirá seu matrimônio sob o regime de comunhão universal. Por óbvio, o companheiro não sofria essa limitação já que em relação à união estável é incompatível a atribuição de regime de bem.

Diante disso defendeu-se a inconstitucionalidade pautada na tese de que não se pode atribuir mais direito ao companheiro do que ao cônjuge.

Com o advento da lei 10.406/2002, que institui o Código Civil de 2002, a questão não foi resolvida, haja vista o silêncio quanto a tema.

Essa omissão é campo fértil para vários posicionamentos acerca da revogação ou não da lei 9.278/96 e qual fundamento a ser aplicado.

No entanto, não há como se negar o direito real de habitação aos companheiros. Esta, por citar, é a conclusão número cinco referentes às palestras do Curso de Direito de família e Sucessões ocorrido durante o dia 2 de junho à 28 de julho de 2006, na Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Veja-se:

Direito de habitação:

O silêncio do CC não afasta o direito de habitação do companheiro, em vista do disposto na lei nº 9.278/96 e pela garantia constitucional do direito de moradia. Justificativa do autor: É O Código Civil não revogou o art. 7º, § ún., da Lei 9.278/96, que assegura ao companheiro o direito real de habitação.([HTTP://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=232](http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=232)).

A contenda jurídica também gerou discussões na I Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal, onde se elaborou o seguinte enunciado:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da L. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informada pelo art. 6º, caput, da CF/88. ¹⁷

¹⁷ Enunciado disponível no site: [HTTP://www.daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf](http://www.daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf)
- Consulta realizada no dia 03 de dezembro de 2009 às 11:03.

Por conseguinte, o entendimento mais razoável é a atribuição do direito real de habitação também ao companheiro.

5.4 Usufruto vidual

O usufruto vidual era o instituto que garantia ao cônjuge sobrevivente o direito de usar e fruir de $\frac{1}{4}$ dos bens do falecido caso houvesse descendentes, e $\frac{1}{2}$ se houver ascendentes, previsto no art. 1.611, § 1º do Código Civil de 1916:

Art. 1.611 - À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. -
§ 1º - O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*.

E era disciplinado pela lei 8.971/94, em seu art. 2º, incisos I e II. A referida lei regulava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Convém examinarmos com atenção:

Art. 2º - As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:
I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujos*, se houver filhos ou comuns;
II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujos*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

Ocorre que o novo Código Civil de 2002 que não previu esse instituto. Logo, a possibilidade de usufruto vidual está revogada em nossa legislação. E essa corrente tem entre os defensores o respeitável Silvio de Salvo Venosa que entende que *“o art. 1.790 do novo Código Civil disciplina a forma pela qual se estabelece o direito hereditário do companheiro ou da companheira, de forma que os dispositivos a esse respeito na Lei 8.971/94 estão revogados.”*

A omissão legislativa somada à perda da finalidade, ora alcançada pelo direito real de habitação, implica em admitir-se a atual inexistência deste instituto no nosso sistema jurídica.

Contudo, há de se observar que aqueles que titularizam usufruto vital advindo antes do Código de 2002 têm direito adquirido a mantê-lo.

6 ANÁLISE COMPARATIVA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE FRENTE AO COMPANHEIRO

É inevitável que comparemos as duas formas de sucessão: do cônjuge e do companheiro:

6.1. Comparativo em relação aos descendentes comuns

É de fácil constatação a importância dada ao cônjuge pelo Código Civil de 2002. Isso porque, elevou-o a herdeiro necessário que concorre com os descendentes e ascendentes do autor da herança.

A finalidade do legislador sempre foi garantir à prole uma proteção, por isso o colocou em primeiro lugar na ordem de vocação. Em seguida, pensou nos ascendentes que são aqueles, que na maioria das vezes, passa a maior parte da vida com o autor da herança.

E o cônjuge foi claramente protegido pelo legislador, justamente por concorrer com pessoas consideradas beneficiárias por excelência.

O cônjuge concorre com os descendentes, desde que não tenha se casado pelo regime de comunhão universal ou separação obrigatória de bens.

Isso até pode parecer uma restrição, mas é justificada pelo fato de que no regime de comunhão universal o cônjuge já ficará com metade de todo patrimônio do casal, portanto, já tem garantido um direito sucessório satisfatório.

Já a restrição quanto ao regime de separação obrigatória ocorre porque o legislador teve a intenção de criar obstáculos para a transferência de patrimônio entre os cônjuges casados sob esse regime, justamente para

impedir que seja essa a finalidade do casamento, isto é, a finalidade patrimonial.

Já no caso do companheiro sobrevivente, quando concorre com descendentes comuns a herança recairá sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável e não sobre os bens particulares como ocorre no casamento. E *“terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”*.

Isso significa que herdará onde já meou. Aos descendentes caberá herdar sozinho nos bens particulares do de cujus.

O que temos é diferença na chamada “base de cálculo”¹⁸. Vale dizer: o cônjuge herdará sobre os bens particulares do de cujus e meará sobre os aquestos, portanto, “onde herdar não irá mear”. Já o companheiro herdará sobre os aquestos, e nesse caso “herdará onde meará”.

Essa diferença na “base de cálculo” pode levar a situações inaceitáveis. É o caso emblemático já citado no presente trabalho em que um casal venha a constituir união estável, sendo que o companheiro já vem para a união com uma única casa. Com o passar dos anos o companheiro vem a falecer e sem deixar descendentes, ascendentes e qualquer outro bem patrimonial deixará sua viúva totalmente desamparada, pois esta apenas herdará e meará nos aquestos, e esses não existem. E bem pior, a casa irá compor a herança jacente já que a companheira supérstite não tem garantido o direito real de habitação e o usufruto vidual.

Outro aspecto relevante que denota a diferença de tratamento entre cônjuge e companheiro é o chamado “piso de herança” que se consubstancia em $\frac{1}{4}$ da herança assegurado ao cônjuge, o que não se garante ao companheiro.

6.2 Comparativo com descendentes exclusivos do autor da herança e hipótese híbrida

¹⁸ Expressão utilizada por Gustavo Rene Nicolau em sua obra Direito Civil – Sucessões – Vol. 9 – 2005 São Paulo. Editora Atlas.

Ainda pior é a situação do companheiro sobrevivente quando concorre com descendentes exclusivos do *de cuius*. Isso porque o que lhe cabe é a metade do que receberá cada descendente exclusivo.

Já no caso do cônjuge supérstite a situação é outra. O cônjuge herdará como se fosse um descendente com cota idêntica.

Vê-se, pois, manifesta proteção ao cônjuge.

6.3 Comparativo em relação ao ascendente

No caso da concorrência com ascendentes o cônjuge terá direito a quotas a depender com que ascendente concorre. Se concorrer com os pais (pai e mãe) do *de cuius* terá reservado 1/3 do patrimônio. Em qualquer outra situação ficará com 1/2, enquanto que a outra metade será destinada para o ascendente.

A situação do companheiro quando concorre com os ascendentes é a seguinte: O companheiro fora a hipótese de descendentes, concorrerá com “outros parentes sucessíveis” e nesse caso, herdará 1/3 dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, sendo que os bens particulares serão entregues na sua totalidade ao ascendente ou qualquer outro parente sucessível.

Mais uma vez o companheiro é prejudicado. Isso porque, se restar apenas um parente distante esse ficará com 2/3 do patrimônio, restando 1/3 ao companheiro, que com o *de cuius* dividiu sua vida.

O que não ocorre com o cônjuge que ficará com 1/3 dos bens se concorrerem com pai e mãe e com 1/2 se concorrer em qualquer outra situação.

Ademais, se não houver ascendentes, o cônjuge herdará com exclusividade; já o companheiro somente assistirá o direito de exclusividade se não houver nenhum outro parente sucessível

6.4 Tendências

A luta pela isonomia, por vezes, é mais antiga que a própria lei. E neste caso, a igualdade é inobservada pela lei.

E isso ganha contornos de inconstitucionalidade, pois a própria Constituição Federal coloca o casamento e a união estável como entidade familiar e por isso no mesmo patamar.

Deste modo, onde há desigualdade entre cônjuges e companheiros haverá crassa inconstitucionalidade. Por exemplo, é nula a disposição em que determina “base de cálculo¹⁹” diversa para cônjuge e para companheiro. Ambos deveriam herdar sobre os bens particulares, como ocorre com os cônjuges e não apenas em relação aos aquestos, onde devem na verdade apenas mear.

Além disso, as quotas asseguradas para cada um (cônjuge e companheiro) devem ser iguais, pois não há justificativa para diferenciação.

Outro direito que não foi garantido ao companheiro é o direito real de habitação, também sem fundamentos para restrição.

Não se justifica, pois, tratar os iguais desigualmente! Esse entendimento já vem sendo aplicado por alguns Tribunais, dentre eles o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, vejamos o seguinte acórdão²⁰:

EMENTA: CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE IMPEDIU A PARTICIPAÇÃO DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO AO ARGUMENTO DE QUE LHE BASTAVA A MEAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO À SUCESSÃO ASSEGURADA. APLICAÇÃO ANÁLOGICA DOS ARTS. 1.829, I, 1.725, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. VEDADA A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA PARA FINS SUCESSÓRIOS OPERADA PELO ART. 1.790 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Acórdão: Agravo de Instrumento n. 2007.035282-1, de São José. Relator: Des. Marcus Túlio Sartorato. Data da decisão: 22.07.2008. Publicação DJSC Eletrônico n. 511, edição de 20.08.2008. p. 95

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no agravo de instrumento número 70020389284, admitiu a aplicação analógica do art. 1.829, I, CC combinado com art. 1.725, CC ao companheiro para que se alcance

¹⁹ Expressão utilizada por Gustavo Rene Nicolau em sua obra Direito Civil – Sucessões – Vol. 9 – 2005 São Paulo. Editora Atlas.

²⁰ Pesquisa realizada no site: [HTTP://WWW.cc2002.com.br/imprimir.php?id=678&ergo=print_noticia](http://WWW.cc2002.com.br/imprimir.php?id=678&ergo=print_noticia)

isonomia de tratamento e impeça-se qualquer tipo de discriminação para com aqueles que constituem união estável.

Deste modo, cremos, quaisquer tratamentos diferenciados entre cônjuges e companheiros padece de vício de inconstitucionalidade material.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta pela igualdade é constante desde os primórdios da humanidade. Discriminou-se pessoas pela cor de sua pele, pela sua religião, pelo seu sexo, e como exposto, pessoas até mesmo pela forma com que estabelecem seus relacionamentos.

A união estável é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, mas esse reconhecimento não foi capaz de extirpar a discriminação que companheiros e companheiras sofrem.

É verdade que a discriminação está adelgada. No entanto, não está totalmente sepultada.

O que se busca é sugerir a inclusão do companheiro como herdeiro necessário, o que, via de consequência, acabaria com as distinções de tratamento e lhe garantiria uma segurança em momento tão complicado como a morte de um companheiro.

O reconhecimento como herdeiro necessário lhe garantirá quotas, direito de concorrência, direito real de habitação, enfim, os mesmos direitos sucessórios dos cônjuges.

É o que se espera; é o que em breve haverá!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Gerliann . **Comparação Entre A Tutela Sucessória Dos Cônjuges E Companheiros Na Legislação Brasileira**. Disponível em: www.artigonal.com/.../comparacao-entre-a-tutela-sucessoria-dos-conjuges-e-companheiros-na-legislacao-brasileira-615740.html. Acesso em: 24 nov. 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira, **Direito civil: sucessões**, 5ª Ed., Coimbra: Coimbra Ed. 2000, p. 12, nota 1).Grifo nosso.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 525 p.

CELIODONIO, Guilherme. **Da permanência do usufruto viual do companheiro**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7633>. Acesso em: 22 nov. 2009.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente: de acordo com a lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002 : doutrina, jurisprudência, legislação e projeção de lei**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. 376 p.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Amor não tem idade*. CD-Ron, Magister.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. 2120 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 323 p. (Fundamentos jurídicos ; 7)

KALLAJAN, Manuela Cibim. **A ordem de vocação hereditária e seus problemas no direito brasileiro, no direito comparado e no direito internacional privado**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4385>

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo código civil brasileiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004. 301 p.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil 6: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2006. 155 p. (Coleção curso & concurso)

NICOLAU, Gustavo Rene. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2005. 227 p. (Série leituras jurídicas. Provas e concursos; v. 9).

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. 229 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed., rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996-2003. v.4

PINTO, Antonio Luiz de Toledo ; colaborador ; Windt, Márcia Cristina Vaz dos Santos ; colaborador ; Céspedes, Livia ; colaborador. **Vade Mecum**. 7 ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 1838 p.

PINTO, Bráulio Dinarte da Silva. **Direito real de habitação no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 952, 10 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7945>>. Acesso em: 08 dez. 2009.

REGIS, Mário Luiz Delgado. **CONTROVÉRSIAS NA SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO. UMA PROPOSTA DE HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA**. Disponível em: www.jfpb.gov.br/.../Controvérsias%20na%20sucessão%20do%20conjuge-Mário%20Delgado.pdf. Acesso em: 29 nov. 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil. Direito de família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. **Inconstitucionalidade do Art. 1.790 do Código Civil**. Disponível em: jusvi.com/artigos/36743. Acesso em 22 nov. 2009.

_____. **Veja os 54 enunciados formulados por juízes das Varas da Família**. Disponível em: www.conjur.com.br/.../veja_enunciados_formulados_varas_familia. Acesso em: 22 nov. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre regimes de bens no novo código civil*, in Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões, 02/08.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.