

DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS CÔNJUGES NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO:

Análise em paralelo com a sucessão hereditária do convivente ou companheiro sobrevivente

Maria Isabel Jesus Costa Canellas

Advogada civilista e Professora de Direito Civil nos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* da Instituição Toledo de Ensino – Bauru – SP. Mestre em Direito pela ITE-Bauru e em Letras pela USC-Bauru. Supervisora Editorial da RIPE. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Divisão Jurídica/ ITE. Presidente do Núcleo Regional do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família (Bauru-SP). Pesquisadora-membro do Núcleo de Pesquisa Docente da Faculdade de Direito de Bauru – ITE. Membro da equipe dirigente do NIC e professora orientadora do NIPEC: Núcleos de Iniciação à Pesquisa Científica da Instituição Toledo de Ensino.

RESUMO: Trata-se de um trabalho de pesquisa e estudo que objetiva analisar as diferenças entre dois sistemas distintos do direito sucessório brasileiro: o do cônjuge e do convivente ou companheiro sobrevivente. Essas diferenças serão demonstradas sob o ponto de vista da nova lei civil brasileira, devido ao fato de que o Brasil adotou recentemente um novo Código Civil, promulgado em 2002, o qual substituiu o antigo Código Civil de 1916, e que está em vigor desde Janeiro de 2003. Assim, o leitor terá a oportunidade de examinar, em paralelo, a posição privilegiada do viúvo ou viúva, ou seja, do cônjuge sobrevivente matrimonial sobre aqueles que, embora tenham constituído uma família, pela união estável, não são casados perante a lei civil.

Palavras-chave: Direito sucessório brasileiro; novo Código Civil; a situação privilegiada do cônjuge matrimonial sobrevivente; a família oriunda da união estável; a situação sucessória de inferioridade dos companheiros que não eram casados perante a lei civil.

DERECHO SUCESORIO DE LOS CÓNYUGES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO

Análisis en paralelo con la sucesión hereditaria del compañero

RESUMEN: *Este trabajo se propone a estudiar las diferencias entre los dos sistemas distintos de derecho sucesorio brasileño: el sistema del cónyuge y del compañero sobreviviente. Esas diferencias van a ser demostradas sobre el punto de vista de la nueva ley civil brasileña, en virtud de que Brasil haya adoptado un nuevo Código Civil que substituyó el antiguo Código Civil de 1916 y que está vigorando desde enero de 2003. Así, el lector tendrá la oportunidad de examinar, en paralelo, la posición privilegiada del viudo o viuda, es decir, del cónyuge sobreviviente matrimonial sobre la posición de la pareja que vive un enlace familiar pero que no es oficialmente casada ante la ley civil.*

PALABRAS-CLAVE: *Derecho sucesorio brasileño; nuevo Código Civil; la situación privilegiada del viudo o de la viuda sobre el compañero o compañera que no es casado ante la ley civil; la posición de la pareja que vive un enlace familiar pero que no es oficialmente casada ante la ley civil.*

HEREDITARY SUCCESSION OF THE MARITAL SURVIVING SPOUSE IN THE BRAZILIAN NEW CIVIL LAW:

An attempt to analyze the married surviving spouse inheritable succession in comparison with the post mortem state of a non-matrimonial union of a couple partnership of opposite sex who has lived in a family likeness relationship as husband and wife.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to study the differences between two distinct systems of the Brazilian hereditary succession law. Such differences will be traced under the point of view of the new Brazilian Civil law, due to the fact that Brazil has recently adopted a new Civil Code, which has substituted the old Civil Code of 1916 and it is ruling since January, 2003. Thus, the reader will have the opportunity to examine, in parallel of connection, the privileged position of the widow or widower supervening spouse over those who were not engaged according to the civil law.*

Keywords: *Hereditary succession of the married surviving spouse; Brazilian new civil law; two distinct systems of the Brazilian succession law; comparative analysis; the privileged position of the married widow or widower surviving spouse; non-matrimonial family.*

1. Da posição do cônjuge na sucessão legítima

Profundas e de grande relevância são as alterações realizadas pelo novo Código Civil, no que se refere à pessoa, à família e, especialmente, ao direito sucessório dos cônjuges. Conforme entendimento doutrinário já em construção, o novo Diploma valorizou o casamento como um negócio jurídico especial de Direito de Família, diferenciado da união estável, privilegiando a posição do cônjuge na sucessão legítima e passando a considerá-lo, inclusive, herdeiro necessário, com os ascendentes e descendentes (art. 1.845).

De fato, o que está a causar muita discussão como uma das mudanças mais ousadas do novo Estatuto civilista, é a que diz respeito ao novo direito sucessório dos cônjuges e à frontal desigualdade, nesse aspecto, quanto ao novo direito sucessório dos companheiros na união estável.

Além disso, ao alterar a ordem da vocação hereditária na sucessão legítima, o novo Código (art. 1845 c/c art. 1829) converte o cônjuge sobrevivente em herdeiro necessário, repetindo a regra do art. 1.721, do Código Civil de 1916, segundo a qual pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima, ressalvados os casos de indignidade e deserdação.

Dispõe o novo Código Civil:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Nesse sentido, ensina Zeno Veloso:

“Porém, o novo Código Civil não erigiu o cônjuge à condição de herdeiro necessário, apenas, mas a de herdeiro necessário privilegiado, pois concorre com os

descendentes e com os ascendentes do *de cuius*. Esta posição sucessória reconhecida ao cônjuge sobrevivente é um dos grandes avanços do novo Código Civil.”¹

Não obstante, se o autor da herança não deixou descendentes ou ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, como herdeiro da terceira classe, independentemente do regime de bens do casamento (arts. 1.838 e 1.839 c/c 1.850), conforme será demonstrado no presente trabalho.

Desse modo, na sucessão legítima, morrendo o marido ou a mulher sem deixar testamento válido de conteúdo patrimonial e, sendo, pois, legítima a sua sucessão, isto é, sucessão legal, de acordo com o determinado em lei, quais são os direitos do cônjuge sobrevivente, do viúvo ou da viúva no novo Código Civil, que entrará em vigor em janeiro de 2003?

Para facilitar o entendimento do alcance das mudanças, o Professor Euclides de Oliveira assim se manifesta, dando um exemplo concreto dessa posição: correspondente à parte indisponível do patrimônio, também chamado *legítima*, de tal modo que o cônjuge sobrevivente passa a ficar em igualdade com os filhos e pais do falecido.

“Os personagens são um homem com três filhos do primeiro casamento, que se casou pela segunda vez no regime da comunhão parcial, ou passou a viver em união estável. De acordo com a legislação vigente, se ele morrer, a atual esposa ou companheira será apenas meeira dos bens adquiridos durante o casamento ou a união, não tendo direito à herança. Com o novo código, os outros bens do falecido serão partilhados entre ela e os três filhos. Como também passará a ser herdeira necessária, ela não poderá ser excluída, por testamento, da partilha de metade dos bens do marido.”²

A finalidade protetiva da norma é assegurada pelo próprio jurista Miguel Reale, coordenador da comissão encarregada de preparar o projeto do novo Código Civil, em entrevista exclusiva a Mauro Mello, no Jornal *Tribuna do Direito*:

¹ Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 228.

“Em primeiro lugar, ela se deve à equiparação dos cônjuges e, em segundo, é consequência da mudança do regime de bens. Porquanto, no regime anterior, o que prevalecia era o regime da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão nenhuma para ser herdeiro. Tendo já metade do patrimônio, ficava excluída a idéia de herança. Mas no momento em que nós passados do regime da comunhão universal para o regime parcial em comunhão de aqüestos, a situação mudou completamente. Seria injusto que somente o cônjuge participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio a ser objeto da divisão. Nesse caso, o cônjuge concorre com os descendentes e com os ascendentes até um quarto. Quer dizer, ele nunca será privado de menos de um quarto daquilo que é objeto de partilha e não resulta do trabalho comum, que já é o resultado do aqüesto. De maneira que são duas razões: de um lado, uma razão de ordem técnica social, que é a mudança de regime de bens do casamento; e a outra, este novo sentido da equiparação do homem e da mulher, pois a grande beneficiada com este dispositivo, no fundo, é mais a mulher do que o homem.”³

Efetivamente, de acordo com a nova redação do Estatuto civilista, a ordem da vocação hereditária está assim estabelecida:

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. 1640, 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;

² OLIVEIRA, Euclides. Cônjuge concorre com filhos e vira herdeiro necessário. In: *Tribuna do Direito* – Suplemento especial: Código Civil.. Ano 5, n 17, São Paulo: Jurídica MMM, jan./1998.

IV- aos colaterais.

Convém aqui fazer a seguinte observação: somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (art. 1830). Ressalte-se, todavia, que a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes vai depender do regime de bens do casamento.

Oportuno salientar que não se deve confundir meação com direito hereditário. A meação decorre de uma relação patrimonial (comunhão), prevista no Direito de Família, já existente em vida dos cônjuges; é o regime de bens que vigorará entre eles durante o casamento e que é estabelecido por lei ou pela vontade das partes. Depende, pois, do regime de bens do casamento. A sucessão hereditária é transmitida aos sucessores conforme as previsões legais (sucessão legítima) ou a vontade do hereditando (sucessão testamentária).

Na lição de Zeno Veloso:

“Alguém pode ser meeiro e herdeiro, como pode ser meeiro sem ser herdeiro, ou herdeiro sem ser meeiro. Essas posições jurídicas têm causa diversa, são diferentes, e se baseiam em motivos e regras distintas. Se os bens são comuns, o [companheiro] cônjuge” sobrevivente tem direito à meação. Mas este direito não tem origem na morte do outro convivente. O meeiro já é dono de sua parte ideal antes da abertura da sucessão, por outro título. Trata-se de situação que decorre do Direito de Família, não do Direito das Sucessões. A meação do falecido é que vai ser objeto da sucessão juntamente com os outros bens, de propriedade exclusiva, se houver.”⁴ (Destacou-se)

Na seqüência, apresentamos as hipóteses de concorrência ou não do cônjuge na herança do cônjuge falecido, por meio de esquemas.

2. Da concorrência do cônjuge sobrevivente na sucessão do falecido

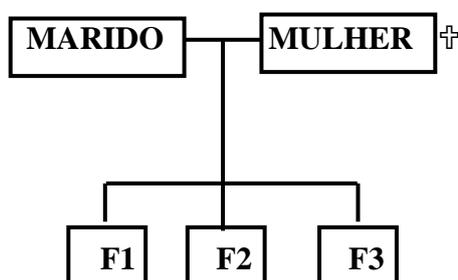
³ Novo Código Civil. Miguel Reale revela como projeto foi preparado. In: *Tribuna do Direito* – Suplemento especial. Ano 6, n. 19, São Paulo: Jurídica MMM, fev./1998.

⁴ Op. cit., p. 232-233.

2.1 Hipóteses em que não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança do falecido

1ª HIPÓTESE: **Marido e Mulher casados** no o regime da Comunhão Universal de Bens (patrimônio comum).

O cônjuge sobrevivente somente terá direito à meação (art. 1829, inciso I), não havendo concorrência na herança do falecido.



1º Passo: 50% da totalidade dos bens pertence ao cônjuge sobrevivente = meação.

2º Passo: 50% patrimônio = herança = dividida igualmente entre todos os filhos.

$$F1 = 1/3$$

$$F2 = 1/3$$

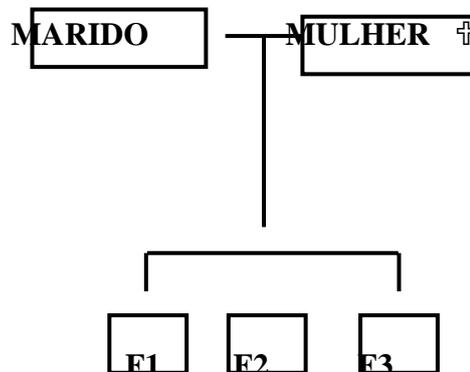
$$F3 = 1/3$$

Obs: A “totalidade” dos bens compreende aqueles trazidos para o casamento assim como os adquiridos na constância deste.

2ª HIPÓTESE: **Marido e Mulher casados** no regime da Separação Obrigatória de Bens.

A. O cônjuge sobrevivente não terá direito à meação* e nem concorrerá à herança com descendentes ou ascendentes. Poderá, entretanto, herdar a totalidade do patrimônio na falta de descendentes e ascendentes (art. 1838 do CC).

B. * Salvo se preservado o entendimento doutrinário e jurisprudencial firmado sobre a comunicação dos bens adquiridos ca constância do casamento, consoante Súmula 377, do STF, a saber: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.)

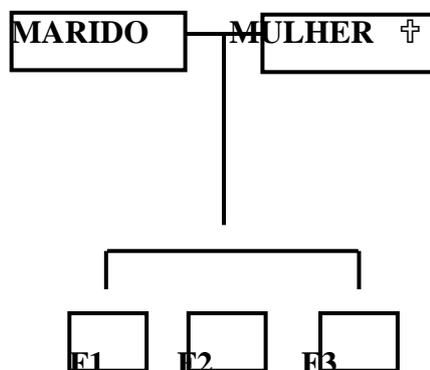


1º Passo: Não há meação (patrimônios distintos).

2º Passo: Divisão da totalidade do patrimônio do cônjuge falecido igualmente entre todos os descendentes: $F1 = 1/3$; $F2 = 1/3$; $F3 = 1/3$.

3ª HIPÓTESE: Marido e Mulher casados no regime da comunhão parcial de bens, mas sem ter deixado o falecido bens particulares.

- A. Não havendo bens particulares: o cônjuge sobrevivente somente será meeiro (inciso I, art. 1829 do CC).
- B. Havendo bens particulares e aquestos: o cônjuge sobrevivente será meeiro e herdeiro (inciso I, art. 1829 do CC).



1º Passo: 50% da totalidade dos bens já pertencem, por direito, ao cônjuge sobrevivente = meação.

2º Passo: 50% do patrimônio = herança = do cônjuge falecido dividido igualmente entre todos os filhos.

F1= 1/3

F2= 1/3

F3= 1/3

Observação: A totalidade dos bens compreende somente os bens adquiridos na constância do casamento, denominados “aquestos”.

Em havendo bens particulares do falecido, no Regime da Comunhão Parcial de Bens, haverá a hipótese de concorrência, que será estudada na seqüência.

2.2 Hipóteses em que há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança do falecido

Analisadas as restrições quanto a possibilidade de concorrência do cônjuge sobrevivente na herança do falecido, nos demais casos será sempre possível a participação do cônjuge sobrevivente na mesma.

ART. 1.832 – Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) 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 herdeiros com que concorrer.

Observação: Na sucessão por *cabeça* (ou direito próprio), a herança é dividida em quotas iguais, de acordo com o número de herdeiros, cabendo a cada um deles igual quinhão no monte. Convém lembrar as regras básicas:

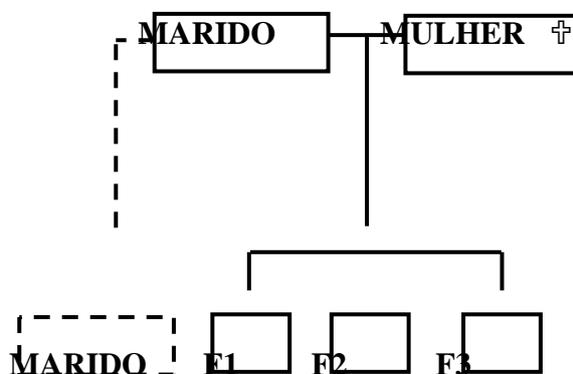
ART. 1.833 – Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

ART. 1.835 – Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.

Assim, sendo três, por exemplo, os filhos herdeiros, todos recebem quota igual (sucessão por cabeça). Se um deles já faleceu (é pré-morto) e deixou dois filhos, netos do *de cuius*, há diversidade em graus, e a sucessão dar-se-á por estirpe, dividindo-se a herança em três quotas iguais: duas serão atribuídas aos filhos vivos e a última será deferida aos dois netos, depois de subdividida em partes iguais. Os últimos herdarão representando o pai pré-morto.

Como se vê, os filhos sucedem por cabeça, e os netos, por estirpe. Se, no entanto, todos os filhos já faleceram, deixando filhos, netos do finado, estes receberão quotas iguais, por direito próprio, operando-se a sucessão por cabeça, pois encontram-se todos no mesmo grau. Essas quotas chamam-se *avoengas*, por serem transmitidas diretamente do avô para os netos.

1ª HIPÓTESE: O cônjuge sobrevivente é **ascendente** dos herdeiros com quem concorre.



1º Passo: No caso de Regime da Comunhão Parcial de Bens (**em havendo bens particulares do falecido**) ou Participação Final nos Aquestos haverá meação. No caso de Regime da Separação Absoluta de Bens (por convenção) não haverá direito à meação, mas concorrerá o cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança do falecido.

2º Passo: A herança do cônjuge falecido será partilhada igualmente entre o cônjuge sobrevivente e os 3 filhos.

Cônjuge sobrevivente= $\frac{1}{4}$

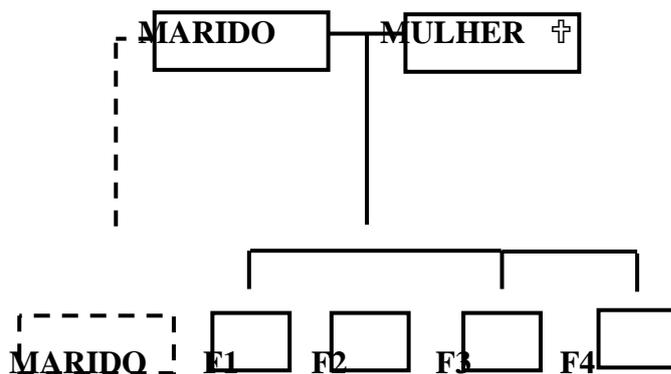
F1= $\frac{1}{4}$

F2= $\frac{1}{4}$

F3= $\frac{1}{4}$

Observação: Quando o cônjuge sobrevivente for ascendente dos herdeiros com que concorrer sempre deverá haver uma reserva mínima de $\frac{1}{4}$. Portanto, se houver mais de 3 filhos, deverá ser reservada a quarta parte da herança ao sobrevivente, repartindo os filhos o restante.

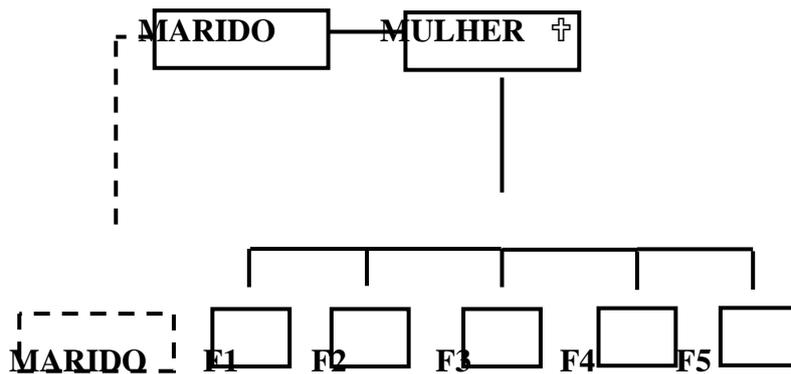
Exemplo: o autor da herança deixou 4 filhos. Neste caso, o cônjuge sobrevivente ficará com $\frac{1}{4}$ da herança e os $\frac{3}{4}$ restantes serão igualmente divididos entre os 4 filhos.



Cônjuge Sobrevivente: $\frac{1}{4}$

F1= $\frac{3}{16}$ - F2= $\frac{3}{16}$ - F3= $\frac{3}{16}$ - F4= $\frac{3}{16}$

2ª HIPÓTESE: Se o cônjuge sobrevivente **não for ascendente** dos herdeiros com que concorrer. Neste caso, concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, dos quais não é ascendente, vigorará a regra geral: terá direito ao quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, isto é, a herança será partilhada em quotas iguais entre todos.



Cônjuge Sobrevivente = 1/6

F1 = 1/6 - F2 = 1/6 - F3 = 1/6 - F4 = 1/6 - F5 = 1/6

2.3 Concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes do falecido.

ART. 1.836 – Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

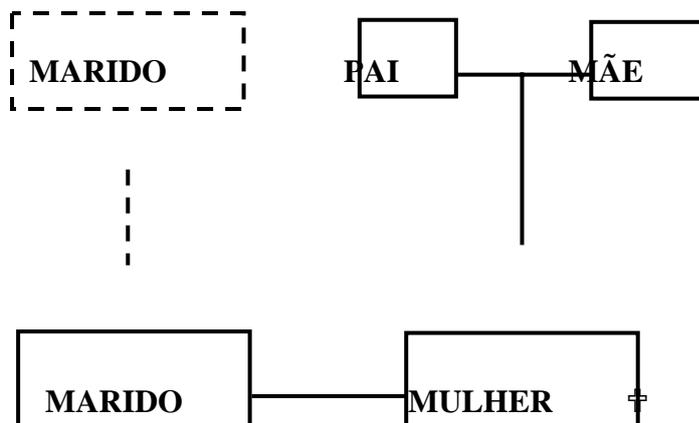
§ 2º. Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

ART. 1.837 – “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”.

Na concorrência com os ascendentes do *de cujus*, já não se apresentam aquelas restrições decorrentes do regime de bens do casamento. Mas, a quota hereditária é variável:

- a) concorrendo com ascendente em 1º grau, ao cônjuge tocará 1/3 da herança;
- b) caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (art. 1837 do CC).

A. Concorrendo o cônjuge sobrevivente com ascendente em primeiro grau do morto, caber-lhe-á 1/3 da herança.

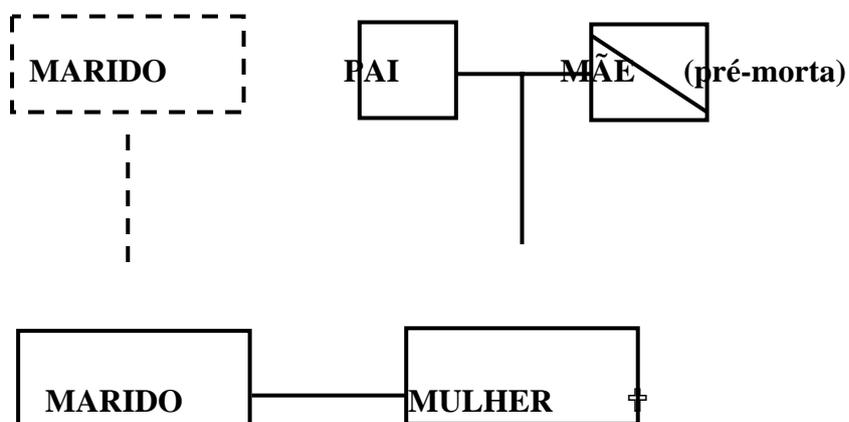


Pai = 1/3

Mãe = 1/3

Marido (herdeiro) = 1/3

B. Caberá ao cônjuge sobrevivente a metade da herança se houver um só ascendente do falecido, ou se maior for aquele grau (art. 1837).

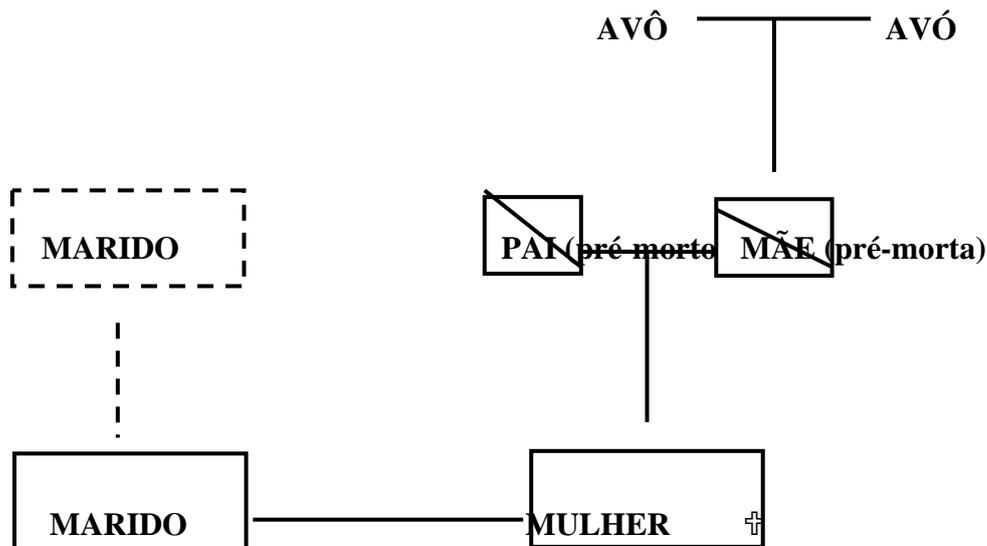


Pai = 1/2

Marido (herdeiro) = 1/2

C. Concorrendo o cônjuge sobrevivente com avô e avó do falecido (seus ascendentes em 2º grau), caber-lhe-á a metade da herança (art. 1.837, alínea b, do CC).





Avô = 1/4

Avó = 1/4

Marido (herdeiro) = 1/2

2.4 Outras disposições sobre a posição sucessória do cônjuge.

Há lacunas na nova lei que merecerão aperfeiçoamento nos subseqüentes trâmites legislativos. Indaga-se, por exemplo, e se o falecido possuía filhos com o cônjuge sobrevivente, mas tinha-os, também, com outra pessoa? Essa é uma das hipóteses não resolvidas, expressamente (atentar para o fato que o cônjuge sobrevivente não é ascendente de *todos* os herdeiros descendentes do falecido, uma vez que este deixou filhos de dois leitos). Mesmo assim, é cabível a quota hereditária mínima (1/4)?

Segundo Silvio de Salvo Venosa⁵, se o cônjuge sobrevivo concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do *de cuius*, há de se entender que se aplica a garantia mínima da quarta parte. De outro lado, Zeno Veloso⁶, afirma que essa reserva hereditária mínima (1/4) conferida ao cônjuge sobrevivente pressupõe que ele 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 caberá um quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por cabeça. No entanto, se o falecido possuía filhos com o cônjuge sobrevivente,

⁵ *Direito Civil*. Direito das Sucessões, 3. ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil, v. 7. São Paulo: Atlas, p. 109.

⁶ *Novo Código Civil comentado*, (coord. Ricardo Fiuza). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1652.

mas tinha-os, também, com outra pessoa, entende o jurista que, assim sendo, a quota hereditária mínima (1/4) não é cabível.

No mesmo sentido, é a análise de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que elucida a problemática com a seguinte reflexão:

“Se esse foi o *espírito* que norteou a concreção legislativa no novo Código Civil – e trata-se de uma formulação bastante elogiável -, entendo que ele deva ser preservado, ainda quando se instale, na vida real, a *hipótese híbrida* antes considerada, de chamamento de descendentes a herdar de ambos os grupos, isto é, de descendentes que também o sejam do cônjuge concorrente, e de descendentes exclusivos do autor da herança. Qualquer solução que pretenda deitar por terra essa postura diferencial consagrada pelo legislador deveria estar consignada em lei, ela também, exatamente para evitar a variada gama de soluções que terão de ser, obrigatoriamente, organizadas pelo aplicador e pelo hermenêuta, formulando paradigmas jurisprudenciais que não guardem qualquer correlação com aquele *espírito* do legislador, claramente registrado no artigo em comento (1.832).”⁷

Parece-nos que a razão se encontra com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Zeno Veloso, mesmo porque assegura a igualdade entre todos os herdeiros do mesmo grau, não recebendo os filhos do outro leito quota inferior.

Na seqüência, de acordo com o novo Estatuto, na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, afastados os parentes colaterais, conforme dispõe o art. 1.838:

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

Além da sucessão em propriedade, da qual o cônjuge saiu em posição privilegiada, o novo Código Civil estatuiu em seu favor, ainda, o direito real de habitação, segundo previsão do art. 1.831:

Art. 1.831. 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.

Não é essa, entretanto, a posição sucessória do companheiro e da companheira no novo Código Civil, como se estudará em seguida.

3 ASPECTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS

3.1 *União estável e concubinato*

O novo Estatuto Civilista contempla a união estável entre homem e mulher, definindo-a como a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. A expressão *concubinato* serve para designar as "relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar". Entretanto, no caso de duas pessoas já casadas e por isso impedidas de casar, se a convivência for pública, contínua e duradoura e estiverem separados de fato, é união estável e não concubinato.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º - A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato. (Destacou-se)

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

⁷ *Comentários ao Código Civil* - Parte especial do direito das sucessões – Sucessão em geral – Sucessão legítima, vol. 20. (Coord. Antônio Junqueira de Azavedo). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

Assim dispondo, o legislador do novo Diploma Civilista ampliou o conceito de união estável e pacificou a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do que outrora se denominava *concubinato puro e impuro* (CC, arts. 1.723 e 1.727). Igualmente, restou pacificada a discussão sobre a aplicabilidade dos impedimentos matrimoniais à união estável, conforme disposto no artigo 1.723, §§ 1º e 2º e o período razoável de convivência, no caso de separação de fato prolongada, conforme é possível inferir-se pelos dispositivos reflexos no direito sucessório dos cônjuges.

Por meio de uma interpretação sistemática e combinando-se o disposto nos artigos 1.801, 1.830 e outros do referido diploma civilista, é possível deduzir-se esse lapso temporal no direito vivo, para efeito de partilha de bens, conforme seja a sucessão legítima ou testamentária.

Quanto à sucessão testamentária, dispõe o novo Código Civil, em seu artigo 1.801 que:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários (,,)

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge *há mais de cinco anos*. (Destacou-se)

Em relação à sucessão legítima, infere-se também da leitura do novo Diploma, *a contrario sensu*, um período razoável de tempo:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato *há mais de dois anos*, salvo prova, nesse caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. (Destacou-se)

3.2 União estável e sucessão

O companheiro participa da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na constância da união estável. A concubina, aquela que tem uma convivência eventual com o homem, já não terá esse direito.

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 cota 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.

Profundas são as alterações realizadas pelo novo Diploma, no que tange à pessoa, à família e ao direito de herança, como se disse alhures, algumas felizes e outras carecendo de nova redação, como é o caso do dispositivo acima citado.

Conforme já analisado anteriormente neste trabalho, é notória a desigualdade entre o direito sucessório dos cônjuges e o direito sucessório dos companheiros na união estável, porquanto o cônjuge passou a ser considerado herdeiro necessário, concorrendo com descendentes e ascendentes do morto e o companheiro herdeiro facultativo, em posição muito inferior à que já estava assentada na legislação em vigor. Nesse sentido, ensina o citado jurista, Zeno Veloso:⁸

“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 da vocação hereditária. Mas este é um problema menor. O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco. (...) O panorama foi alterado, radicalmente. Deu-se um grande salto para trás. Colocou-se

⁸ Op. cit., p. 231.

o companheiro em *posição infinitamente inferior* com relação à que ostenta o cônjuge.”⁹ (Destacou-se)

À primeira leitura e da forma como está redigido, parece ter o legislador se equivocado quanto ao que seja meação e sua distinção com herança, pois limita a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, conforme a redação do *caput* do referido artigo. Ora, “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” são os aqüestos e destes o companheiro ou a companheira já tem direito à meação, como parte ideal, antes da abertura da sucessão, conforme dispõe o art. 1.725, inspirado na legislação extravagante já existente¹⁰, *in verbis*: “Na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. A meação do companheiro ou companheira sobrevivente é situação que decorre de normas obrigacionais dentro do Direito de Família, não se confundindo com herança.

Criticando, severamente, a nova redação do *caput* do artigo 1.790, Zeno Veloso ensina que à regra geral do artigo 1.790, *caput*, subordinam-se todas as demais prescrições a respeito do tema, podendo gerar conseqüências injustas na prática. Exemplifica, ainda, o jurista:

“A companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens na época em que iniciou o relacionamento afeito, 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 de 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 n. 9.278/96”.¹¹

Indaga-se, em decorrência: e quanto aos bens particulares do falecido? Pela redação atual do novo Código Civil, o companheiro ou a companheira não concorrerá com os descendentes ou

⁹ Ibidem., p. 233.

¹⁰ Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 que regularam o direito sucessório entre companheiros à semelhança do já existente para os cônjuges (Código Civil de 1916).

com outros parentes do morto nos bens particulares, o que contraria todo o sistema sucessório, pois entende-se por herança todo o conjunto das relações jurídicas transmissíveis do *de cujus*, menos o passivo. Logo, o que vai ser objeto da sucessão é justamente a meação do falecido, juntamente com outros bens, de propriedade particular, se houver.

Indaga-se, ainda: e se não houver meação - somente bens particulares - e que eram exclusivos do autor da herança, como no exemplo retromencionado -, o companheiro sobrevivente não concorrerá? Então, herdeiro não é. O que fere o princípio da igualdade, constitucionalmente assegurado à família, matrimonial ou não.

Sobre a igualdade em matéria sucessória, ensina Luiz Edson Fachin:

“O Direito Constitucional penetra, hoje, em todas as disciplinas e, via de consequência, também, no Direito Civil. Além da liberdade, constitucionalmente assegurada, e suas repercussões no direito à intimidade, trata a questão da igualdade no Direito Civil, dividindo-a em momentos básicos: igualdade como não discriminação no exercício, ou do gozo dos direitos civis; igualdade em matéria sucessória.”¹²

3.3 Interpretação do artigo 1.790, do novo código civil, no campo da criação normativa

Já existem, por outro lado, interpretações do referido dispositivo que desbordam para o campo da criação normativa. Os que compartilham desse entendimento, para escapar da injusta solução do novo Código Civil, afirmam que o novo Estatuto, nos incisos I e II do artigo 1.790, não cuidou do companheiro sobrevivente como herdeiro, mas como meeiro, assegurando-lhe o direito à cota-parte deixada pelo *de cujus*, referente somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e variando sua participação conforme se tenha ou não filhos, ou, ainda, ascendentes e colaterais.

¹¹ *Op. cit.*, p. 233..

Nestes casos, apesar de, aparentemente, “participar [mas, não concorrer] o companheiro sobrevivente da sucessão do outro”, conforme redação do citado artigo, na verdade, ele não é herdeiro, mas, simplesmente, meeiro, com direito de receber uma proporção maior, previamente fixada por lei, já que o legislador limitou seu direito de herança.

Com redação diversa do *caput* do examinado artigo 1.790, dispõe seu inciso IV, que “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança” (destacamos). Em outras palavras, não havendo nem ascendentes e nem colaterais até o 4º grau, o companheiro ou a companheira herdarão a totalidade da herança. E o que o legislador quis dizer, nesse contexto, ao utilizar a palavra *totalidade* ?

Silvio Rodrigues entende que, no caso do inciso IV, a totalidade da herança a que o companheiro tem direito a recolher diz respeito apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, posto que pelo fato de o *caput* ter se referido somente a tais bens e por ser este o comando imperativo da norma, o direito sucessório dos companheiros restringe-se aos mesmos.¹³

Há, no entanto, como já referido no presente trabalho, aqueles que entendem de maneira diversa, ingressando na função do Legislativo e, assim, desconectando os incisos III e IV do *caput* do dispositivo. Ainda, de acordo com essa interpretação, no caso dos incisos III e IV do artigo 1.790, o novo Código Civil não teria tratado do direito à cota parte, mas, sim, do direito à herança a que têm os companheiros, não a restringindo, portanto, somente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, mas abrangendo, inclusive os bens particulares do falecido, já que nestes dois casos, o legislador usou a palavra “herança”. Então, segundo esse entendimento, o companheiro sobrevivente terá direito a todos os bens do companheiro morto, conforme já previa o inciso III, do art. 2º, da Lei n. 8.971/94, só que de acordo com aquela lei especial, o companheiro ou a companheira afastava os colaterais, quando, nesta, concorre também com os colaterais.

Silvio Rodrigues adverte que, no caso deste inciso, “o correto, como já fazia a Lei n. 8.971/94, art. 2º, III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos herdeiros colaterais, na sucessão do ‘de cujus’”.¹⁴

No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa, assevera, por sua vez, o seguinte:

“Note que existe um retrocesso na amplitude dos direitos hereditários dos companheiros no Código de 2002, pois, segundo a lei referida, não havendo

¹² *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 301.

¹³ *Direito Civil*. Direito das sucessões. De acordo com o novo Código Civil. 25. ed., v. 7. São Paulo: Saraiva p. 119.

¹⁴ *Ibidem*.

herdeiros descendentes ou ascendentes do convivente morto, o companheiro recolheria toda a herança. No sistema implantado pelo art. 1.790 do novo Código, havendo colaterais sucessíveis, o convivente terá direito a apenas um terço da herança, por força do inciso III. O companheiro ou companheira somente terá direito à totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis”.¹⁵

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, a seu turno, observam “que o companheiro é tratado de forma diferente da reservada ao cônjuge sobrevivente, pois este tem mais ampla participação na herança e a vantagem de ser considerado como herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes”.¹⁶

Pelo novo Código Civil, o direito de usufruto na herança do falecido foi substituído, integralmente, pela concessão de quota-parte da herança, tanto para o companheiro como para o cônjuge sobrevivente. Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa escreve que “quanto ao direito hereditário propriamente dito dos companheiros, de acordo com o art. 1.790, a participação do convivente na herança será sob a modalidade de direito de propriedade e não mais como usufruto”,¹⁷ não dispondo a nova legislação sobre o direito real de habitação em favor do convivente.

Merece registro, ainda, respeitável orientação de Francisco Cahali sobre a aplicação do direito intertemporal nessa seara, em obra escrita em co-autoria com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Da leitura do texto extrai-se o seguinte entendimento:

“Pelas recentes modificações legislativas sobre a união estável (em 20 anos temos quatro regimes jurídicos diferentes!), torna-se importante ressaltar que a lei aplicável na sucessão é a vigente no momento do óbito (CC, art. 1.787). Assim, se falecido anteriormente à Lei 8.971/94, não se dará em favor do companheiro sobrevivente a titularidade da herança, ainda que na falta de descendentes ou ascendentes do falecido, destinando-se o acervo aos integrantes da quarta classe (colaterais), ou reconhecendo a sua jácência. Também, o viúvo não poderá exercer o direito ao usufruto previsto na norma. Já aberta a sucessão no período entre a Lei 9.278/96 e o

¹⁵ *Op.cit.*, p. 120.

¹⁶ *Inventários e Partilhas. Direito das Sucessões – Teoria e Prática*. 14. ed. São Paulo: Universitária de Direito, p. 364.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 121.

novo Código Civil, o companheiro sobrevivente ocupa posição similar àquela destinada, à época, ao cônjuge.”¹⁸

Por fim, conforme asseverado anteriormente, carece o artigo 1.790 do novo Código Civil de nova redação, pela frontal desigualdade com o novo direito sucessório dos cônjuges.

Conclusões

É consagrado o reconhecimento geral pelo Código Civil de 1916 como uma obra prima da literatura jurídica nacional. No entanto, inspirado por uma sociedade patriarcalista do século XIX, reflete esse Diploma os contornos de sua geração, marcada pelo liberalismo na Filosofia, o capitalismo na Economia e o individualismo no Direito, tendências que não mais se ajustam ao século XXI. Daí a necessidade de sua reformulação e da aprovação de um novo Estatuto civilista.

Adaptado à Constituição de 1988 e trazendo muitas inovações, o novo Código Civil preserva, o mais possível, a legislação referente ao Código Civil de 1916, procurando manter a beleza da correção na língua pátria, dentro dos princípios da etnicidade, sociabilidade e operabilidade, visando à concreção do direito, consoante os estudiosos do Direito Civil.

Entretanto, ainda há muito a ser estudado e aperfeiçoado na nova legislação nos subseqüentes trâmites legislativos, não sendo possível negar que as mudanças introduzidas foram marcantes e significativas, uma vez que o Código Civil é a “constituição do homem comum”, para usar as palavras de Miguel Reale.

A complexidade de uma legislação como a do Código Civil brasileiro deriva do fato de ser ela uma lei abrangente que disciplina as relações jurídicas entre as pessoas, desde a concepção até após a morte, contrariando a tendência atual no mundo da formulação de códigos que regulem temas específicos – como o Estatuto da Criança e do Adolescente ou o Código de Defesa do Consumidor, vale dizer, o surgimento dos microssistemas jurídicos.

Mesmo assim, por representar o novo Diploma a consolidação das mudanças sociais e legislativas da sociedade contemporânea, entendemos que o Código Civil único continua sendo importante, como forma de consolidar as leis ligadas ao direito privado que têm sido editadas nos últimos anos. Isto porque as codificações, de um modo geral, representam a cristalização da cultura de uma sociedade; refletem os valores de uma determinada nação, isto é, o valor segurança, a certeza jurídica de séculos de cultura.

¹⁸ *Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões*. De acordo com o novo Código Civil brasileiro. 2.ed. rev. e

Por último, indaga-se, com frequência, se não estaria o novo direito sucessório dos cônjuges a ferir “direitos adquiridos”, isto é, todos aqueles que se casaram por determinado regime de bens serão, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, atingidos pelas novas normas e, assim, se falecerem em primeiro lugar, terão seus descendentes concorrendo na herança com o cônjuge sobrevivente, mesmo em desacordo com a sua vontade. Se não, analise-se.

Tanto o art. 1.577 do Código de 1916 como o art. 1.787 do novo Estatuto dispõem que é “a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão que regula a capacidade e a legitimação para suceder”. Assim, não há de se falar de ferimento a “direito adquirido” e, desse modo, durante os próximos anos conviveremos com os dois códigos, pois dispõe o art. 2.041 das Disposições Finais e Transitórias que: “As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916)”.

Sabemos que não faltaram críticas à aprovação do novo código. Mas, estamos vivendo caminhos novos, um novo Código Civil está aí. Para dizê-lo com Miguel Reale:

“Não se substituem Códigos como se trocam coisas materiais, pois entre eles há certa continuidade temporal, mesmo quando as normas jurídicas correspondem a novos valores sociais.”¹⁹

Bibliografia

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*, 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e Partilhas. Direito das Sucessões: Teoria e Prática*, 14.ed. rev. atual. ampl., São Paulo, Universitária de Direito, 2001.
- BEVILAQUA, Clovis. *Theoria Geral do Direito Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1929.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil – Direito das Sucessões*. 2. ed. rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil brasileiro. (Coord. Everaldo Cambler). São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 6, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões*, 18. ed. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo, Saraiva, 6º vol., 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

atual. (Coord. Everaldo Cambler). São Paulo: RT, v. 6, p. 236-237.

- FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direito Civil*. Direito das Sucessões, 9. ed. com anotações sobre o novo Código Civil. São Paulo, Saraiva, vol. 4, 2002.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial do Direito das Sucessões – Sucessão em Geral – Sucessão legítima*, vol. 20. (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo, Saraiva, 2003.
- ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. 5. ed. rev. atual., Rio de Janeiro, 1987.
- PERLINGIERI, Pietro. Tradução de Maria Cristina de Cicco. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 21. ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. De acordo com o novo Código Civil. 25. ed. São Paulo, Saraiva, vol. 7, 2002.
- VELOSO, Zeno. Do Direito Sucessório dos Companheiros. In: *Direito de Família e o Novo Código Civil*. (Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 225-237.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 3. ed. Atualizada de acordo com o Novo Código Civil, São Paulo, Atlas, vol. 7, 2002.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 12. ed. rev. ampl. atual. Com remissões ao Novo Código Civil. São Paulo, Saraiva, 2002.

¹⁹ O Código Civil e seus críticos. *O Estado de São Paulo*, 1/set/2001. Espaço Aberto. A-2.
2006, UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA, Centro Universitario de la Ciénege