

SUCCESSÃO DO COMPANHEIRO NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Valéria Silva Galdino**

SUMÁRIO: 1. *Intróito*; 2. *Sucessão do companheiro no novo Código Civil brasileiro*; 3. *Conclusões*; *Bibliografia*.

RESUMO: Este breve estudo se destina a avaliar a atual situação do companheiro sobrevivente ante a sucessão *de cujus*, traçando um panorama geral da matéria no atual Código Civil Brasileiro, que a regulamenta, com a respectiva aplicação pelos Tribunais, e indicando algumas críticas apontadas pela doutrina acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: união estável; morte; sucessão; atual Código Civil Brasileiro; avanço ou retrocesso.

PARTNER SUCCESSION IN THE PRESENT BRAZILIAN JURIDICAL ORDINATION

ABSTRACT: This paper aims to evaluate the current situation of the supervening domestic partner in the succession of the decedent, in order to stablish general ideas of the subject in the brazilian civil code, and in brazilian courts, pointing some critics formulated by the doctrine.

KEYWORDS: domestic partnership; death; succession; new brazilian code; progress; delay.

*Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP; Professora da Universidade Estadual de Maringá, do curso de pós-graduação stricto sensu Centro Universitário de Maringá e da Universidade Paranaense – Unidade de Paranavaí; Advogada em Maringá – PR.

1. INTRÓITO

Embora se considere a importância da família constituída mediante o matrimônio, não se pode ignorar a incidência cada vez maior da família informal na sociedade e os problemas emocionais, sociais e patrimoniais que podem surgir desse tipo de relacionamento na vida das pessoas.

A dissolução da união estável pela morte de um dos companheiros, além de provocar profundo abalo psicológico, gera para o outro, e para os demais entes que compõem esse tipo de família, um estado de indefinição quanto à situação econômica.

A principal novidade do Código Civil vigente foi, pela primeira vez, regulamentar, nos artigos 1.723 a 1.726, o instituto da união estável (concubinato puro).

A Carta Magna de 1988 dispõe, no artigo 226, § 3º, que a união estável (família informal) é uma entidade familiar, e o novo Código Civil a regulamenta de forma similar ao casamento no direito de família. Não houve, porém, nesse Codex, equiparação dos companheiros aos cônjuges quanto aos direitos sucessórios.

Ao contrário, o tratamento dispensado pelo direito sucessório aos companheiros no Código Civil ofendeu o primado da igualdade previsto em nossa Constituição Federal.

É de fundamental importância apontar alguns aspectos controvertidos impostos pela codificação civil, para os quais não há solução em nosso ordenamento jurídico. Tais controvérsias deverão ser resolvidas pelos operadores do direito através das formas de integração da norma jurídica, até que haja alteração do que representou um retrocesso em relação ao companheiro sobrevivente.

2. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A Carta Magna de 1988 dispõe, no artigo 226, que a família é a base da sociedade, contudo não estabelece que a família, para ter proteção do Estado, deve ser oriunda de um matrimônio. Logo, não importa se a família foi constituída por meio de um casamento ou de uma união estável.

Na verdade, o legislador se preocupou mais com o comprometimento dos entes familiares, com a solidariedade entre eles, e sobretudo com a afeição recíproca, que é a característica principal da família contemporânea.

Assim como o casamento, a união estável também é uma forma de entidade familiar.

Acerca do tema, Denise Damo Comel entende que

A Constituição de 1998 quebrou a hegemonia do casamento como única forma legítima da constituição de família, reconhecendo como entidade familiar a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes.¹

No mesmo sentido, Francisco Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka:

Com a Constituição Federal de 1988 foi dado o grande passo, talvez maior do que o esperado pela sociedade, através da institucionalização da relação concubinária, elevando a união estável, nova designação desprovida do sentido pejorativo do concubinato, à categoria de entidade familiar, outorgando-lhe especial proteção do Estado (CF, art. 226, § 3º).²

O próprio Código Civil brasileiro, em diversos dispositivos do Livro IV do direito de família, equipara a união estável ao casamento. Podem-se citar, a título exemplificativo, os seguintes artigos: Artigo 1.562: “Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável (...)”; Artigo 1.595: “Cada cônjuge ou companheiro (...)”; Artigo 1.618, parágrafo único: “A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros (...)”; Artigo 1.626, parágrafo único: Se um dos cônjuges ou companheiros (...)”; Artigo 1.631: “Durante o casamento e a união estável (...)” (poder familiar); Artigo 1.632: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável (...)”; Artigo 1.636: “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelecendo união estável (...)”; Artigo 1.636, parágrafo único: “(...) aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabeleceram união estável (...)”; Artigo 1.694: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos (...)”; Artigo 1.708: “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”; Artigo 1.711: “Podem os cônjuges, ou a entidade familiar(...)”; Artigo 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável (...)”; Artigo 1.775: “O cônjuge ou companheiro (...)”; Artigo 1.797, parágrafo único: “ao cônjuge ou companheiro”, etc.

¹ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 40.

² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 6. p. 223.

Todavia, no campo do direito sucessório houve um grande retrocesso do legislador em relação ao direito sucessório do companheiro sobrevivente, o qual foi tratado de forma distinta e inferior ao cônjuge.

O atual Código Civil disciplina em um único dispositivo o direito sucessório do companheiro, e em local indevido, ou seja, entre as disposições gerais, que precedem a ordem de vocação hereditária:

Artigo 1.790. A companheira ou 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.

Esse artigo não condiz com o que foi preconizado pela Constituição Federal e pelas Leis n° 8.971/1994 e n° 9.278/1996, tampouco pelo Código Civil no Livro IV, que trata do direito de família. Segundo Silvio de Salvo Venosa, o legislador fez do companheiro um mero “participante” da herança³.

Wilson Júlio Zanluqui corrobora:

Com o Código Civil de 2002, houve um ruptura nesse ciclo de desenvolvimento do arcabouço jurídico, retroagindo a período pós-Constituição e pré-Lei n. 8.971/94. Ou, pelo menos, essa é a visão daqueles que são refratários à equiparação ou quase equiparação do casamento com união estável e que interpretam os artigos do Código Civil de 2002 de maneira literal e linear”.⁴

³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 7, p. 156.

⁴ ZANLUQUI, Wilson Júlio. O direito da sucessão entre cônjuges e companheiros no Código Civil de 2002. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coordenadores). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p 423.

Ao discorrer sobre o assunto, Inácio de Carvalho Neto afirma que “*não havia razão para diferenciar cônjuge e companheiro no trato da matéria sucessória, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente*”.⁵

Realmente, não há lógica no que foi preconizado pelo legislador no âmbito do direito constitucional e no de família em relação ao direito sucessório, visto que o artigo 2º, inciso III, da Lei nº. 8.971/1994 já garantia a totalidade da herança ao companheiro sobrevivente, na falta de ascendentes ou descendentes.

A alegação dos doutrinadores que afirmam haver diferenciação constitucional entre casamento e união estável não procede, porquanto o dispositivo central da Carta Política sobre o tema familiar, artigo 226⁶, não distinguiu a origem familiar. Sendo assim, o direito sucessório, como defensor dos interesses do grupo familiar, não poderia fazê-lo.

Podem-se enumerar diversas situações previstas em nosso direito sucessório em que o companheiro é desprestigiado e inferiorizado em relação ao cônjuge supérstite:

- a) O companheiro não é herdeiro necessário;
- b) o direito hereditário do companheiro ficou restrito aos bens adquiridos somente a título oneroso na constância da união estável, sem se atentar para a possibilidade de estipulação de outro regime em contrato de convivência;
- c) impôs-se a concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes comuns com quota equivalente que for atribuída por lei a eles; contudo, se concorrer com descendentes só do falecido, terá direito apenas à metade da quota que caiba a cada um desses descendentes;
- d) determinou-se a concorrência do companheiro sobrevivente com os ascendentes e com os colaterais do falecido (art. 1.790), com apenas a quota parte de 1/3 (um terço) da herança;
- e) Retirou-se do companheiro o direito real de habitação e o usufruto viudal;
- f) Caso haja bens particulares adquiridos antes do relacionamento ou advindos de doação ou herança, tais bens em uma interpretação iriam para o Estado, na falta de colaterais de quarto grau, porquanto o disposto no artigo 1.790 prevê apenas bens adquiridos a título oneroso.

⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. *A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto469.doc>>, acesso em 21/12/2004.

⁶ “Constituição Federal, Artigo 226: *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: (...) § 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*”

Enquanto o cônjuge supérstite, pela redação do artigo 1.829 do Código Civil, passou a integrar a primeira classe de convocação na ordem de vocação hereditária, em concorrência com os descendentes, conforme o regime de bens adotado, o companheiro apenas recebe a mesma cota parte se concorrer com filhos comuns e a metade com filhos do falecido, independentemente do regime adotado.

Indaga-se: como ficaria a quota parte do companheiro sobrevivente quando houvesse filhos germanos e unilaterais (filhos apenas do *de cujus*)?

Não há no Codex nenhum dispositivo que regulamente essa situação peculiar, visto ser impossível, do ponto de vista matemático, conciliar o disposto nos incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil.

Marco Túlio Murano Garcia apresenta uma solução para a aparente impossibilidade matemática de se conciliar os dispositivos:

Pode ser solucionada pela divisão da herança em 2 (duas) partes: a primeira dos filhos comuns e a segunda dos filhos exclusivos, que serão rigorosamente iguais, já que entre os filhos não há qualquer distinção. Depois disto, separado o patrimônio hereditário de cada filho, divide-se, então, o patrimônio do filho ou dos filhos comuns em cotas iguais para ele ou eles e para o convivente sobrevivente, mesma operação que deve ser feita com o patrimônio do filho ou dos filhos exclusivos do autor da herança, com a peculiaridade que tal cota será dividida de tal sorte que ao convivente sobrevivente caiba a metade do que couber ao filho exclusivo. Pelo menos do ponto de vista matemático, então, há uma aparente solução.⁷

Já Silvio de Salvo Venosa apresenta outra solução:

(...) se houver filhos comuns com o de cujus e filhos somente destes concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão deflui da junção dos dois incisos, pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários.⁸

⁷ GARCIA, Marcos Túlio Murano. União estável e concubinato no novo Código Civil. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 20, p. 32-44, out./nov., 2003. p. 42.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 7, p. 159.

A solução mais justa, e que não ofende o disposto no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, é aquela que dividiria o patrimônio do *de cujus* em duas partes, recebendo o companheiro uma cota igual à dos filhos germanos e unilaterais, uma vez que entre estes não pode haver distinção.

Quanto ao regime de bens, pela nova disposição legal o cônjuge herda juntamente com os descendentes, salvo se casado aquele com o *de cujus* no regime de comunhão universal, ou na separação obrigatória de bens, ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.⁹

Logo, pelo nosso ordenamento jurídico, só é herdeiro necessário o cônjuge que for casado pelo regime de separação total de bens, participação final nos aqüestos, e comunhão parcial de bens, se não houver deixado bens particulares. Já o companheiro, independentemente do regime adotado, é herdeiro dos bens adquiridos a título oneroso do companheiro falecido¹⁰.

O legislador, ao determinar que um dos companheiros seria herdeiro do outro, não vislumbrou a hipótese de que estes pudessem adotar outro regime de bens que não o previsto no artigo 1.725 do novo Código Civil brasileiro, mediante um contrato de convivência. Ainda que a vontade dos conviventes seja outra, através de uma interpretação literal do artigo 1.970 do Código Civil brasileiro, o companheiro é herdeiro do outro dos bens adquiridos onerosamente, independentemente do regime adotado no contrato de convivência.

No mesmo sentido, Wilson Júlio Zanluqui:

Voltando ao art. 1.790, seu inciso I diz que o companheiro ou companheira, concorrendo com filhos comuns, terá direito a uma quota igual à atribuída a um filho. Neste ponto o legislador civil esqueceu-se da possibilidade de existir contrato de convivência (art. 1.725 do CC/2002), que regule outro regime ao previsto no final do dispositivo. Se, por exemplo, o contrato prever o regime de comunhão universal de bens, em nossa visão, nessa hipótese aplicar-se-à o conteúdo do art. 1829, I, do CC.¹¹

⁹ “Código Civil, Artigo 1.829. *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 descendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.*”

¹⁰ “Código Civil, Artigo 1.725. *Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens*”.

¹¹ ZANLUQUI, Wilson Júlio. O direito da sucessão entre cônjuges e companheiros no Código Civil de 2002. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coordenadores). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p 427.

Entretanto, esse entendimento não é unânime entre os doutrinadores. Silvio de Salvo Venosa afirma que,

...havendo contrato na união estável que adote outro sistema patrimonial, é de perguntar se esse regime terá repercussão no direito sucessório. O legislador deveria ter previsto a hipótese, mas, perante sua omissão, a resposta deverá ser negativa. Não há que se levar em conta que o contrato escrito entre os conviventes tenha o mesmo valor jurídico de um pacto antenupcial, o qual obrigatoriamente segue regras estabelecidas de forma e de registro. Desse modo, consoante os termos peremptórios do caput do art. 1.790, o convivente somente poderá ser aquinhoado com patrimônio mais amplo do que aquele ali definido por meio de testamento. O contrato escrito que define eventual regime patrimonial entre os companheiros não pode substituir o testamento.¹²

O posicionamento mais equânime seria aquele que respeitasse o regime adotado no contrato de convivência, uma vez que o ordenamento jurídico permite, no artigo 1.725 do Código Civil brasileiro, a adoção de outro regime que não o da comunhão parcial de bens, e aplicar-se-ia nessa hipótese, por analogia, o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil brasileiro.

Outro ponto que deve ser abordado é que, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro não seria o terceiro na ordem de vocação hereditária como o cônjuge sobrevivente; concorreria com os outros parentes sucessíveis com um terço apenas da herança, ou seja, ascendentes e colaterais até o quarto grau.

O doutrinador Zeno Veloso salienta:

*Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do de cujus.*¹³

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 7, p. 156.

¹³ VELOSO, Zeno. *Direito sucessório dos companheiros*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Marco Túlio Murano Garcia complementa:

*Se a idéia da preferência pelos parentes colaterais já causa certa repulsa, o que dizer então da possibilidade dos bens do falecido serem revertidos ao Município, Distrito Federal ou à União, que ocorrerá quanto aos bens não adquiridos onerosamente na constância da união, se não houver parentes sucessíveis do falecido.*¹⁴

Silvio de Salvo Venosa, ao discorrer sobre o tema, afirma que a posição do legislador não denota um alcance social, sociológico e jurídico digno de encômios, porquanto o companheiro concorrerá na herança, por exemplo, com o vulgarmente denominado tio-avô ou primo-irmão de seu companheiro falecido¹⁵.

Portanto, o inciso III do artigo 1.790 do Código Civil é incoerente no momento em que determina apenas um terço da herança para o companheiro sobrevivente, enquanto que um colateral, por exemplo, se for o único parente sucessível, terá direito a dois terços da herança, se concorrer com aquele.

Não havendo parentes sucessíveis, então o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança, mas, pela redação do caput do dispositivo acima citado, apenas dos bens que forem adquiridos a título oneroso, sendo os demais excluídos da sucessão e revertidos para o Município, o Distrito Federal ou a União.

Para resolver tal impasse, deve ser aplicado o artigo 1.844 do Código Civil, que admite a interpretação de que, na falta de ascendentes, descendentes ou colaterais, o cônjuge ou o companheiro herdará todos os bens do falecido, e não faz nenhuma referência à condição de terem sido eles adquiridos onerosamente ou não, ou de serem ou não bens particulares. Assim, se o *de cujus* deixou apenas bens particulares ou advindos de doação ou herança, e não havendo parentes sucessíveis, esses bens não reverterão para o Município, Distrito Federal ou União, mas sim para o cônjuge ou companheiro.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz:

Não havendo parentes sucessíveis receberá a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente durante a união estável e, ainda, aos demais bens, inclusive, particulares do de cujus,

¹⁴ GARCIA, Marcos Túlio Murano. União estável e concubinato no novo Código Civil. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 20, p. 32-44, out./nov., 2003. p. 41.

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 7, p. 159.

*que não irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1.844, primeira parte do Código Civil.*¹⁶

Wilson Júlio Zanluqui corrobora:

*Na interpretação sistemática entre o inciso IV do art. 1.790, com o art. 1.725 e com o art. 1.844, é admissível e defensável a conclusão de que os bens (onerosos ou não, portanto, e totalidade da herança – inciso IV do art. 1.790), serão disponibilizados ao companheiro sobrevivente. O art. 1.844 está inserido no capítulo da ordem da vocação hereditária, no Título II sobre sucessão legítima. Ainda que o legislador tenha, em outro título, reconhecido o direito sucessório ao companheiro, neste artigo equiparou o cônjuge e o companheiro para evitar que na existência destes, os bens não sejam entregues ao Estado.*¹⁷

O deputado Ricardo Fiúza é autor do projeto de Lei nº 6.960/02, onde propõe alteração do artigo 1.790, em especial no inciso III, para que, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro tenha direito à totalidade da herança.

Outro aspecto a ser analisado é se o companheiro teria, por força do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, o direito real de habitação, uma vez que o novo Código Civil não o previu de forma expressa, como o artigo 7º, parágrafo único da Lei nº 9.278/1996¹⁸.

O primeiro aspecto a ser abordado é se as Leis nº 8.471/1994 e nº 9.278/1996 foram revogadas ou não pelo novo Código Civil, já que este não tratou de alguns assuntos que foram abordados por elas, como, por exemplo, o direito real de habitação, usufruto viável, etc.

A Lei nº 9.278/1996 não foi revogada nos dispositivos que não foram tratados pelo novo Código Civil brasileiro, como no caso do direito real de habitação.

Maria Helena Diniz assevera:

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

¹⁷ ZANLUQUI, Wilson Júlio. O direito da sucessão entre cônjuges e companheiros no Código Civil de 2002. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coordenadores). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p 431.

¹⁸ “Lei nº. 9.278/1996, Artigo 7º. *Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que de dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.*”

Além disso, urge lembrar que o companheiro sobrevivente, por força da Lei 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, também terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família; mas pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente. Diante da omissão do Código Civil, o art. 7º, parágrafo único, daquela lei estaria vigente por ser norma especial¹⁹.

Sílvio de Salvo Venosa argumenta:

(...) a Lei nº. 9.278/96 estabeleceu, no art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002.²⁰

Segundo Marco Túlio Murano Garcia, “o que melhor se harmoniza com a regra constitucional é concluir que o convivente, a despeito da ausência de previsão expressa, também tem direito real de habitação. É que dessa forma cônjuge e convivente ficam em posições exatamente iguais, objetivo que parece ter sido buscado pelo legislador constituinte ao estabelecer como diretriz a elevação da união estável à categoria de entidade familiar, para efeito de proteção do Estado”.²¹

Assim, entende-se que o novo Código Civil apenas revogou parcialmente as leis supracitadas, podendo ser aplicados os dispositivos que não colidem, tais como o do usufruto vitalício e o do direito real de habitação.

Outro ponto que merece ser citado consiste na dificuldade que será enfrentada por um companheiro para exercer os seus direitos sucessórios, quando do falecimento do outro.

Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka asseveram:

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 109-110.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 7, p. 158.

²¹ GARCIA, Marcos Túlio Murano. União estável e concubinato no novo Código Civil. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 20, p. 32-44, out./nov., 2003. p. 40.

Merece anotar que a posição do companheiro também se diferencia daquela ocupada pelo cônjuge quanto à forma de exercer o direito. O cônjuge, munido do título identificando sua qualidade de herdeiro, representado pela certidão de casamento, ingressa diretamente no processo de inventário invocando a sua qualidade, e aí discute os seus direitos.

Já o companheiro não possui um título, pois sua condição advém de uma situação de fato prolongada. Assim, o caminho a exercer seus direitos é variável, conforme as circunstâncias. Se todos os herdeiros forem maiores, e concordarem com a habilitação do companheiro, admite-se a intervenção direta no processo de inventário. Existindo menores ou incapazes, ou, ainda, na hipótese de ser contestada a existência de união fugindo ao âmbito restrito do inventário, será necessário o ingresso de ação própria objetivando o reconhecimento da união estável e os direitos daí decorrentes.²²

O companheiro sobrevivente, para ingressar no inventário, deverá provar através de indícios a união estável, caso contrário deverá primeiramente propor ação declaratória para demonstrar o relacionamento, com pedido de tutela antecipada para intervir no feito.

Em relação à indignidade, prevista nos artigos 1.814 a 1.818 do Código Civil brasileiro, aplicar-se-ia tanto ao cônjuge quanto ao companheiro, enquanto na condição de herdeiros.

Ressalte-se que, embora o companheiro não tenha sido alçado à condição de herdeiro necessário, entendo que deva ser deserdado pelo seu companheiro caso venha a cometer as hipóteses previstas nos artigos 1.961 a 1.965, que ensejam a utilização desse instituto.

Há, ainda, quem veja na própria inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários, concorrendo com ascendentes e descendentes, um equívoco da atual legislação, assim como o companheiro na condição de herdeiro. É o caso de Rozemberg Vilela da Fonseca, que emite as seguintes considerações:

Com efeito, o filho é e sempre será filho, assim como o pai e a mãe, mas o mesmo não se pode dizer do cônjuge ou companheiro, que vão e vêm ao sabor dos sentimentos afetivos, amorosos e vicissitudes dos

²² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 6. p. 236.

relacionamentos que unem homens e mulheres. As pessoas se casam ou se unem pelas mais variadas circunstâncias e motivos, como também se separam ou divorciam com a mesma desenvoltura. Daí erigir o cônjuge ou companheiro à condição de herdeiro necessário é uma grande temeridade, com enorme possibilidade de lesão àqueles que são os verdadeiros necessitados e legítimos sucessores (por ordem natural), ou seja, os descendentes e ascendentes.

*O legislador parece ter ignorado o fato de que o cônjuge ou companheiro chegam quando o indivíduo já alcançou um estágio avançado de sua vida. Após ter sido criado, sustentado e educado por seus pais (ou às vezes por conta própria, como a maioria das pessoas que trabalham para prover seu próprio sustento), esta pessoa vai constituir algum patrimônio, conhecer novas pessoas, namorar, se unir a alguém ou se casar. É a ordem natural das coisas. Agora, colocar essa nova pessoa na mesma condição dos pais ou de um filho que, inclusive, pode ser apenas do autor da herança, na condição de herdeiro necessário, é algo incompreensível.*²³

Elevar o cônjuge e o companheiro à condição de herdeiros, sendo o primeiro ainda na qualidade de herdeiro necessário, não podendo ser excluído da parte indisponível do *de cuius*, pode ensejar inúmeras injustiças, sem falar do tratamento diferenciado imposto ao companheiro no artigo 1.790 do Código Civil.

A única vantagem é quanto à sobrevivência do companheiro que ficou viúvo, porquanto, se não for meeiro (caso tenha realizado contrato de convivência com outro tipo de regime que não o da comunhão parcial de bens), será herdeiro. Portanto, o companheiro viúvo estará amparado enquanto herdeiro, e o Estado não arcará com tal ônus.

3. CONCLUSÕES

Conclui-se que o legislador, ao disciplinar o direito sucessório dos companheiros de modo diverso e desigual da sucessão dos cônjuges no novo Código Civil, foi extremamente infeliz, visto que em diversos dispositivos do Livro IV do mesmo Codex a união estável foi equiparada ao casamento.

²³ FONSECA, Rozemberg Vilela da. *As incongruências da sucessão do cônjuge e do(a) companheiro(a) no novo Código Civil*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5526>>

A Carta Magna não faz nenhuma distinção entre casamento e união estável; cuida apenas da entidade familiar, e não de sua origem. Sendo assim, o direito sucessório, como defensor dos interesses do grupo familiar, não poderia fazê-lo.

O legislador se preocupou mais com o fato de o companheiro estar amparado na viuvez através do patrimônio do *de cuius* do que em regulamentar os direitos sucessórios dele de forma compatível com o restante da legislação.

A Leis nº 8.971/1994 e nº 9278/1996 não foram revogadas pelo novo Código Civil, e os dispositivos que não contrariarem a legislação civil poderão ser aplicados à união estável, resolvendo assim, por exemplo, o problema do direito real de habitação.

O legislador, ao estabelecer que um companheiro seria herdeiro do outro, não atentou para a hipótese de que estes pudessem adotar outro regime de bens que não o previsto no artigo 1.725 do novo Código Civil, mediante um pacto de convivência. Se os companheiros escolherem outro regime que não o da comunhão parcial, através de uma interpretação literal do artigo 1.970 do Código Civil, o companheiro sobrevivente será herdeiro do outro dos bens adquiridos onerosamente, independentemente do regime adotado.

Para resolver de forma mais justa tal situação, o operador do direito deveria respeitar o regime adotado no contrato de convivência, uma vez que o ordenamento jurídico permite no artigo 1.725 do Código Civil brasileiro a adoção de outro regime que não o da comunhão parcial de bens, e aplicar-se-ia nessa hipótese, por analogia, o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

O companheiro sobrevivente não herda mais a totalidade da herança do companheiro falecido, na falta de ascendentes ou descendentes; recebe apenas um terço do patrimônio, concorrendo assim com os demais parentes sucessíveis, ou seja, colaterais até o quarto grau, que muitas vezes nunca conviveram com o falecido, tampouco suportaram as agruras de um relacionamento, e são agraciados com um quinhão maior que o companheiro sobrevivente.

Não havendo parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade dos bens da herança, independentemente do momento em que foram adquiridos ou da forma (a título gratuito ou oneroso), mediante a aplicação do artigo 1.844 do Código Civil.

Embora o companheiro não tenha sido alçado à condição de herdeiro necessário, pode ele ser deserdado pelo falecido caso venha a cometer as hipóteses previstas nos artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil.

A indignidade também se aplica ao companheiro que infringir o disposto no artigo 1.595 do Código Civil.

Críticas existem quanto ao mérito ou à redação dos dispositivos atinentes à matéria, devendo alguns dispositivos, como, por exemplo, o artigo 1.790 do novo

Código Civil brasileiro, sofrer algumas alterações. Contudo, não há como negar que houve uma evolução do nosso legislador quanto a alguns dos inúmeros aspectos sucessórios acima descritos. Longe se está de pretender esgotar o assunto. Buscou-se, com esta singela exposição, incentivar a análise e o debate do tema, ainda objeto de constante evolução.

Outro ponto, ainda, que deve ser destacado é o da dificuldade enfrentada por um companheiro para exercer os seus direitos sucessórios quando do falecimento do outro.

O companheiro sobrevivente, para ingressar no inventário, deverá provar através de indícios a união estável; caso contrário, deverá primeiramente propor ação declaratória para comprovar o relacionamento, com pedido de tutela antecipada para intervir no processo.

Elevar o cônjuge e o companheiro à condição de herdeiros pode gerar inúmeras injustiças, sendo que o primeiro, na qualidade de herdeiro necessário, não pode ser excluído da parte indisponível do *de cujus*. Isso sem falar do tratamento diferenciado imposto ao companheiro no artigo 1.790 do Código Civil.

A única vantagem é quanto à sobrevivência do companheiro que ficou viúvo, porquanto, se não for meeiro (caso tenha realizado contrato de convivência com outro tipo de regime que não o da comunhão parcial de bens), será herdeiro. Portanto, o companheiro viúvo estará amparado enquanto herdeiro, e o Estado não arcará com tal ônus.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BORGHI, Hélio. *União estável e casamento: aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 6.

CARO, Lara Marina Zanella Martínez. *A sucessão do cônjuge no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/civil/sucessao-conjuge.htm>>.

CARVALHO NETO, Inácio de. *A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto469.doc>>. COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONSECA, Rozemberg Vilela da. *As incongruências da sucessão do cônjuge e do(a) companheiro(a) no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5526>>.

GARCIA, Marcos Túlio Murano. União estável e concubinato no novo Código Civil. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 20, p. 32-44, out./nov., 2003.

MIZOTE, Lúcia Emy. Aspectos dos direitos do cônjuge no direito sucessório em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica CESUMAR Mestrado*, Maringá: Centro Universitário de Maringá, v. 4, n. 1, p. 229-247, jul. 2004.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Sucessão legítima no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.inteligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=739>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 17, p. 142-148. abr./ maio, 2003.

VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice;

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 7.

ZANLUQUI, Wilson Júlio. O direito da sucessão entre cônjuges e companheiros no Código Civil de 2002. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coordenadores). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.420-440.