

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER

CURSO DE DIREITO

DAIANNE JACQUELINE SILVA CUNHA

**UNIÃO ESTÁVEL: TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO
QUANDO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO**

RUBIATABA-2007

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER

CURSO DE DIREITO

**UNIÃO ESTÁVEL: TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO
QUANDO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - FACER como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da professora Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende.

**RUBIATABA-GO
2007**

DAIANNE JACQUELINE SILVA CUNHA

**UNIÃO ESTÁVEL: TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO QUANDO DA
SUCESSÃO LEGÍTIMA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA APRESENTADA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE
GRADUADO PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE
RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientadora: _____
Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende
professora

Examinador: _____
Samuel Balduino Pires da Silva
professor

Examinadora: _____
Geruza Silva de Oliveira
professora

Rubiataba, de janeiro de 2008.

DEDICATÓRIA

A todos que me deram forças para lutar e alcançar os meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida.

A meus pais e irmãos pela educação e carinho recebido.

A professora Fabiana pela orientação e auxílio na monografia.

E a todos que de alguma forma contribuíram para a realização do meu trabalho.

" Os momentos mais felizes da minha vida foram aqueles, poucos, que pude passar em minha casa, com a minha família." (Thomas Jefferson)

RESUMO: O presente trabalho estudou os direitos sucessórios dos companheiros em comparação com a sucessão dos cônjuges. Foram analisados os conceitos, a evolução histórica e os requisitos para a configuração da união estável. Definimos a sucessão e suas espécies; explicamos o momento da abertura; a transmissão da herança e o lugar em que se abre a sucessão. Analisamos a legislação que dispõe sobre a união estável, os direitos sucessórios dos companheiros e dos cônjuges previstos no Código Civil de 2002. Ressaltamos que o legislador tratou de forma distinta, estabelecendo regras em que há desigualdade de tratamento sucessório entre os cônjuges e os companheiros. Destacamos que o cônjuge não poderia ter tratamento privilegiado visto que a Constituição Federal consagrou a união estável como uma entidade familiar. O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método comparativo.

Palavras-Chave: União Estável, Sucessão, Companheiros, Cônjuge.

ABSTRACT: The present work studied the successory rights of the friends in comparison with the succession of the spouses, had been analyzed the concepts, the historical evolution and the requirements for the configuration of the steady union, we define the succession and its species, explain the moment of the opening, the transmission of the inheritance and the place where it opens the succession, we analyze the legislation that makes use on the steady union, successory rights of the friends and the spouses foreseen in the Civil Code of 2002, we stand out that the legislator dealt with distinct form, establishing rules where it has inequality of successory treatment between the spouses and the friends, we detach that the spouse could not have privileged treatment since the Federal Constitution consecrated the steady union as a familiar entity. The work was developed through bibliographical research, using the comparative method.

Word-Key: Steady union, Succession, Friends, Spouse.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art- artigo

CC- Código Civil

CF- Constituição Federal

CPC- Código de Processo Civil

nº- número

Rel- Relator ou Relatora

REsp- Recurso Especial

§- parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CONCUBINATO	14
1.1. Conceito e Evolução Histórica.....	14
1.2. Requisitos para a Configuração da União Estável.....	18
1.2.1. Pressupostos de Ordem Subjetiva.....	19
a) Convivência More Uxório.....	19
b) Affectio Maritalis Ânimo ou Objetivo de Constituir Família.....	19
1.2.2. Pressupostos de Ordem Objetiva.....	20
a) Diversidade de Sexo.....	20
b) Notoriedade.....	21
c) Estabilidade ou Duração Prolongada.....	21
d) Continuidade.....	22
e) Inexistência de Impedimentos Matrimoniais.....	23
f) Relação Monogâmica.....	24
1.3. Deveres dos Companheiros.....	25
1.4. Direitos dos Companheiros.....	26
1.4.1. Alimentos.....	26
1.4.2. Meação e Regime de Bens.....	26
1.4.3. Sucessão Hereditária.....	27
2. DA SUCESSÃO E DA HERANÇA	28
2.1. Da herança	29
2.2. Indivisibilidade da Herança.....	30
2.3. Abertura da Sucessão. Momento de Transmissão da Herança.....	31
2.4. Transmissão da Posse. O princípio da Saisine.....	32
2.5. Lugar em que se Abre a Sucessão.....	34
2.6. Espécies de Sucessão: Legítima e Testamentária.....	35
2.7. Capacidade e Incapacidade Sucessória.....	36
2.7.1. Capacidade para Suceder.....	36
2.8. Exclusão do Herdeiro ou Legatário da Herança por Indignidade.....	38

3. SUCESSÃO LEGÍTIMA NA UNIÃO ESTÁVEL.....	39
3.1. Lei nº 8.971/94.....	40
3.2. Lei nº 9.278/96.....	41
3.3. A Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil.....	44
4. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	52
4.1. Direitos Sucessórios dos Cônjuges.....	52
4.2. Análise Comparativa entre a Sucessão dos Cônjuges e dos Companheiros.....	59
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

Introdução

Neste trabalho monográfico estudamos a sucessão legítima do companheiro sobrevivente no ordenamento jurídico brasileiro.

Conceituada a união estável, explicamos os requisitos necessários para sua configuração e tratamos sobre os deveres e os direitos dos companheiros.

Definimos a sucessão *causa mortis* e explicamos as espécies de sucessão; legítima e testamentária.

Demonstramos a regulamentação da sucessão legítima nas leis 8.971/94, 9.278/96, e as alterações trazidas pelo Código Civil de 2002. Comparamos a sucessão legítima do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil.

O tema abordado é de extrema relevância, pois a evolução da família extramatrimonial foi um dos aspectos marcantes da sociedade e do direito brasileiro.

A lei 8.971/94 regulou o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão.

A Constituição Federal, artigo 226, parágrafo terceiro, proclamou que a união estável entre o homem e a mulher está sob a proteção do Estado, devendo a lei facilitar-lhe a conversão em casamento.

A lei 9.278/96 regulamentou o parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal.

O Código Civil de 2002 regulou a união estável nos artigos 1723 a 1726; indicou os elementos que a caracterizam; os impedimentos para a sua constituição; os deveres dos companheiros e o regime das relações patrimoniais entre eles.

A união entre o homem e a mulher estabelecida fora do casamento e com o objetivo de constituir família confere direitos e deveres iguais aos conviventes, estando sob a proteção do Estado. Porém, o novo Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com

enorme redução, não figurando o convivente sobrevivente na ordem de vocação hereditária, herdando em concorrência com descendentes, ascendentes e colaterais, apresentando-se em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

Percebemos que a união entre o homem e a mulher sem o casamento era vista como uma união ilegítima, sendo reprovada pela sociedade. Com a evolução da família foi reconhecida essa união, conferindo proteção a esse modo de convivência.

A Constituição Federal consagrou a união estável como entidade familiar, estabelecendo direitos e deveres aos conviventes.

A pesquisa contribuirá para aprimorar o conhecimento do direito sucessório decorrente da união estável, demonstrando a necessidade de adaptação das normas em relação à sucessão legítima, com o intuito de conferir tratamento igual aos cônjuges e companheiros.

No capítulo I abordamos a União Estável e o Concubinato, apresentando o conceito, a evolução histórica e os requisitos necessários para a configuração dessa união; tratamos ainda sobre os deveres e direitos dos conviventes.

No capítulo II abordamos a sucessão e a herança;

No capítulo III tratamos sobre a sucessão legítima na união estável;

Por fim, no capítulo IV abordamos a sucessão do cônjuge e do companheiro à luz do Código Civil de 2002.

Foi utilizada a pesquisa bibliográfica no trabalho monográfico. Trata-se de levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita.

A pesquisa foi importante pois possibilitou o contato com tudo aquilo que foi escrito sobre o assunto, aprimorando o nosso conhecimento sobre o tema e permitindo alcançar os objetivos propostos no trabalho.

O método de pesquisa foi o comparativo. Este método realiza comparações, com a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências, é usado tanto para comparações de grupos no presente, no passado, ou entre os existentes e os do passado, quanto entre sociedades de iguais ou de diferentes estágios de desenvolvimento.

O método comparativo foi importante para o trabalho. Comparando os direitos sucessórios dos companheiros e dos cônjuges, verificamos que há desigualdade de tratamento, entre as famílias constituídas pelo casamento e pela união estável.

1. DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CONCUBINATO

1.1. Conceito e Evolução Histórica

Etimologicamente, concubinato é a comunhão de leito. Vem do latim *cum* (com), *cubare* (dormir) - *concubinatus*. Segundo de Plácido e Silva, é a união ilegítima do homem e da mulher. Entende-se por concubinato a situação em que duas pessoas vivem maritalmente sem serem casadas.

Essa união prolongada entre homem e mulher, sem casamento, foi chamada durante longo período histórico de concubinato.

A união de fato ou o concubinato pode ser puro ou impuro. Segundo Diniz,

será puro (Código Civil, artigos 1723 a 1726) se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (Código Civil, artigo 1727), visto não poder ser convertido em casamento¹.

Explica Venosa,

paralelamente ao casamento contrapõe-se a união livre que também gera efeitos jurídicos. A união de fato só passa a apresentar relevância de negação jurídica a partir da instituição do casamento sob forma legal no século XVI. O fato é que a família é um fenômeno social preexistente ao casamento, um fato natural. A sociedade em determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta².

Gonçalves observa,

a união livre difere do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a estes inerentes. Por isso, a doutrina clássica entende que o

¹ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2004, p. 344-345.

² Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil. Direito de Família**, 2001, p. 44.

*estado de concubinato pode ser rompido a qualquer instante, qualquer que seja o tempo de sua duração, sem que ao concubino assista direito a indenização pelo simples fato da ruptura*³.

O Código Civil de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Rodrigues explica sobre o artigo 363, inciso I, do Código Civil de 1916, com as seguintes palavras:

*A única referência à mancebia feita pelo Código Civil revogado, sem total hostilidade a tal situação de fato, tenha sido a do artigo 363, I, que permitia ao investigante da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção, sua mãe estava concubina com o pretendido pai. Nesse caso, já entendia o legislador que o conceito de concubinato pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro e, por isso, presumia, *juris tantum*⁴, que o filho havido por ela tinha sido engendrado pelo concubino*⁵.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, os tribunais pátrios já asseguravam à concubina alguns direitos, tais como o de ser indenizada pelos serviços domésticos prestados, desde que restasse comprovada essa prestação.

Aos poucos, no entanto, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como a meação dos bens adquiridos pelo esforço comum, desde que comprovasse sua contribuição para a aquisição dos mesmos, durante o tempo da convivência.

As restrições existentes no Código Civil passaram a ser aplicadas somente aos casos de concubinato adúlterino, em que o homem vivia com a esposa e, concomitantemente, mantinha concubina. Quando, porém, encontrava-se separado de fato da esposa e estabelecia

³ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 531.

⁴ A expressão significa o que é resultante do próprio direito, ou seja, quando a matéria é somente de direito, disponível no site www.direitonet.com.br, acesso em 30/10/2007.

⁵ Sílvia Rodrigues. **Direito Civil. Direito de Família**, 2004, p. 256.

um relacionamento *more uxório*, isto é, de marido e mulher, passava a ser chamada de companheiro.

Também começou a ser utilizada a expressão concubinato impuro, para fazer referência ao adúltero, envolvendo pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou para apontar os que mantêm mais de uma união de fato.

Por sua vez, a Lei nº 6015/73, em seu artigo 57, § 2º, estabelecia:

A mulher solteira, desquitada, ou viúva, que vivia com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juízo competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, consagrou ampla definição de família, como base da sociedade, garantindo-lhe proteção especial do Estado, independente do modo pelo qual tenha se originado a união.

O artigo 226, § 3º, do diploma constitucional, reconheceu o concubinato puro, não adúltero nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, de direito de família.

Além disso, o § 6º, do artigo 227 da Lei Fundamental reconheceu aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, a igualdade de direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A expressão concubinato é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade, também conhecido como adúltero.

Dispõe o novo Código Civil, no artigo 1727, *in verbis*: *as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.*

A primeira regulamentação da norma constitucional que trata da união estável adveio com a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. No artigo primeiro, embora não utilize a expressão união estável, ao contemplar o direito de alimentos entre companheiros, exige uma união comprovada de homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos (salvo havendo prole, em que o prazo pode ser menor).

Sobreveio mudança conceptual com a Lei n. 9.278/96, ao omitir os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e prole.

O conceito de união estável consta no artigo 1º da Lei nº 9.278/96, *in verbis*: *é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.*

Embora esse artigo não aludisse expressamente à união pura, ou seja, não incestuosa e não adúltera, inegavelmente se aplicava a ela.

Gonçalves ao se referir sobre a Lei n. 9.278/96, traz a seguinte explicação:

Conforme acentuou Álvaro Villaça Azevedo, em comentário à aludida lei, é certo que o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal também não especifica nesse sentido; contudo, ambos os dispositivos legais apontam o objetivo de constituição de familiar, o que impede que exista concubinato impuro (contra o casamento pré-existente de um dos concubinos ou em situação incestuosa) ou concubinato desleal (em concorrência com outro concubinato puro)⁶.

O novo Código Civil incluiu um título próprio que disciplina o instituto da união estável, com apenas cinco artigos (1723 a 1727).

O novo diploma tratou nesses dispositivos dos aspectos pessoais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório.

Na mesma linha do artigo primeiro da Lei nº 9.278/96, não foi estabelecido período mínimo de convivência pelo artigo 1723 do novo diploma. Não é, pois, o tempo com

⁶ Álvaro Villaça Azevedo *apud* Carlos Roberto Gonçalves, **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 534.

determinação de número de anos que deverá caracterizar uma relação como união estável, mas outros elementos expressamente mencionados, convivência pública e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Admite-se, expressamente, no § 1º do referido dispositivo, a união estável entre pessoas que mantiverem seu estado civil de casadas, estando, porém, separadas de fato.

A conceituação da união estável consta do artigo 1723 do Código Civil de 2002, in verbis: *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.*

Reitera o novo diploma os deveres de lealdade, respeito e assistência, guarda sustento e educação dos filhos, como obrigação recíproca dos conviventes.

Tratando-se dos efeitos patrimoniais, o CC de 2002 determina a aplicação, no que couber, do regime da comunhão parcial de bens, como se casados fossem, salvo contrato escrito entre os companheiros (art.1725).

1.2. Requisitos para a Configuração da União Estável

Gonçalves refere-se à união estável e ao casamento, explicando as diferenças.

Uma das características da união estável é a ausência de formalismo para a sua constituição. Enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade bastando o fato da vida em comum⁷.

Podemos sintetizar como requisitos, em acepção ampla, porque tanto servem para caracterizar a união estável, como constituem pressupostos necessários ao seu reconhecimento como entidade familiar, os seguintes elementos de ordem subjetiva e objetiva: convivência

⁷ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p.538.

*more uxório*⁸; *affectio maritalis*⁹, que significa ânimo ou objetivo de constituir família; diversidade de sexos; notoriedade; estabilidade ou duração prolongada; continuidade; inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica.

1.2.1. Pressupostos de Ordem Subjetiva

a) Convivência *More Uxório*

Amorim e Oliveira apresentam a seguinte definição de convivência:

*Conviver, do latim cum vivere, viver com, significa manter vida em comum, como decorrência da união que se estabelece entre pessoas interessadas na realização de um projeto de vida a dois. Importa em comunhão de vidas, situação símile ao de pessoas casadas*¹⁰.

O texto legal cinge-se à menção de convivência como requisito primeiro da união estável, mas não acrescenta o dever de coabitação dos companheiros, ou vida em comum no mesmo domicílio, que o ordenamento civil assenta como um dos deveres dos casados.

Excepcionalmente, pode configurar-se a união estável de pessoas que não convivam sob o mesmo teto, preferindo manter moradias distintas, em locais diversos, como admitido para caracterização do concubinato pela Súmula n. 382 do Supremo Tribunal Federal.

b) *Affectio maritalis*. Ânimo ou Objetivo de Constituir Família

Para Gonçalves,

o elemento subjetivo é essencial para a configuração da união estável. Além de outros requisitos, é absolutamente necessário que haja entre os conviventes, além do afeto, o elemento caracterizado pelo ânimo, a

⁸ A expressão significa segundo o costume de casados, disponível no site www.direitonet.com.br, acesso em 30/10/2007.

⁹ A expressão significa ânimo de serem marido e mulher, disponível no site www.aba.adv.br, acesso em 30/10/2007.

¹⁰ Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p.119.

*intenção, o firme propósito de constituir uma família, enfim, a affectio maritalis*¹¹.

*Não configuram união estável, com efeito, os encontros amorosos mesmo constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem as viagens realizadas a dois ou o comparecimento junto a festas, jantares, recepções etc., se não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família*¹².

1.2.2 Pressupostos de Ordem Objetiva

a) Diversidade de Sexos

Gonçalves explica que a união estável só pode decorrer de relacionamento em que haja diversidade de sexos:

*Por se tratar de modo de constituição de família que se assemelha ao casamento, apenas com a diferença de não exigir a formalidade da celebração, a união estável só pode decorrer de relacionamento entre pessoas de sexo diferente. A doutrina considera como essência do casamento a heterossexualidade e classifica na categoria de ato inexistente a união entre pessoas do mesmo sexo*¹³.

*A jurisprudência tem reconhecido tão somente a existência de sociedade de fato, entre sócios, a indicar direitos de participação no patrimônio formado pelo esforço comum de ambos, e não união livre como entidade familiar.*¹⁴

Ressalte-se que, provada a sociedade de fato entre os conviventes do mesmo sexo, está presente o contrato de sociedade, independentemente de casamento ou de união estável.

¹¹ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 542.

¹² Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 542.

¹³ Ibid, p. 543.

¹⁴ Ibid, mesma página.

b) Notoriedade

A convivência *more uxório* deve ser notória. Os companheiros deverão tratar-se socialmente, como marido e mulher, aplicando-se a teoria da aparência, revelando a intenção de constituir família, traduzida por uma comunhão de vida e de interesses, mesmo que não haja prole comum (TJSP, Ap. 167.994-1, j. 10-9-1991- Rel. Almeida Ribeiro).

Observa Diniz, *não há como confundir a união estável com a posse de estado de casado, porque esta é atributo próprio de casal unido pelos laços do matrimônio, cuja comprovação tornou-se difícil*¹⁵.

Na lição de Amorim e Oliveira:

*Há de ser pública a convivência na união estável, isto é, de conhecimento e reconhecimento no meio familiar e social onde vivam os companheiros. Não é preciso que eles proclamem, festejem ou solenizem a vida em comum. Se o fizerem, tanto melhor, mas a formalização da união se mostra dispensável na espécie, diferentemente do casamento, que é ato eminentemente solene e de pública celebração*¹⁶.

c) Estabilidade ou Duração Prolongada

Gonçalves afirma que a relação entre os conviventes deve ser estável.

*A denominação união estável já indica que o relacionamento dos companheiros deve ser duradouro, estendendo-se no tempo. Não obstante, tal requisito foi enfatizado no art. 1723 do Código Civil, ao exigir que a convivência seja pública, contínua e duradoura. Malgrado a lei não estabeleça um prazo determinado de duração para a configuração da entidade familiar, a estabilidade da relação é indispensável*¹⁷.

¹⁵ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2004, p. 341.

¹⁶ Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 129.

¹⁷ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 545.

Diz Venosa, *não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida; não podem ser definidas como concubinato simples relações sexuais, ainda que reiteradas*¹⁸.

A lei n. 8.971/94 exigia o prazo de cinco anos de convivência, ou prole, para a configuração da união estável. A Lei n. 9.278/96 omitiu o tempo mínimo de convivência e existência de prole. Para alguns autores seria razoável exigir-se um tempo mínimo de convivência, entendendo outros que poderia ele ser de pelo menos dois anos de vida em comum, por analogia com as disposições constitucionais e legais relativas ao tempo para concessão do divórcio.

No entanto, não parece correto o engessamento temporal de uma relação amorosa, em que pode subsistir durante alguns meses ou anos, consolidando-se, como definitiva enquanto dure.

Observa Venosa, *a questão do lapso temporal não é absoluta, pois a Constituição Federal não estabeleceu um tempo determinado e sim que deveria haver o animus de constituir família*.¹⁹

d) Continuidade

*A continuidade da relação é outro elemento citado pela lei. Trata-se também de complemento da estabilidade. Esta pressupõe que a relação de fato seja contínua, isto é, sem interrupções e sobressaltos*²⁰.

Explica Gonçalves,

diferentemente do casamento, em que o vínculo conjugal é formalmente documentado, a união estável é um fato jurídico, uma conduta, um comportamento. A sua solidez é atestada pelo caráter contínuo do relacionamento. A instabilidade causada por constantes rupturas desse

¹⁸ Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil. Direito de Família**, 2001, p. 49.

¹⁹ Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil. Direito de Família**, 2001, p. 49.

²⁰ Ibid, mesma página.

relacionamento poderá provocar insegurança a terceiros, nas suas relações com os companheiros ²¹.

Segundo Amorim e Oliveira, *a estabilidade da união exige que, além de duradoura, seja contínua, sem interrupções ou afastamentos temporários que lhe desnaturem a própria essência da vida em comum*²².

*O caráter contínuo da relação atesta sua solidez, pela permanência no tempo. Lapsos temporais, muitas vezes repetidos com idas e vindas, tornam a relação tipicamente instável, desnaturando sua configuração jurídica.*²³

Explica Amorim e Oliveira que a convivência entre o homem e a mulher, na união estável, deve ser de forma contínua. Já no casamento, a sociedade conjugal persiste mesmo em casos de ruptura da vida em comum.

*Comparativamente ao casamento, verifica-se que a união estável se fragiliza na sua constituição, perdendo substância no caso de romper-se o elo de convivência entre homem e mulher. Para os casados é diferente, pois a sociedade conjugal persiste mesmo em casos de ruptura da vida em comum, embora se possa, depois de algum tempo, requerer com base nesse fato objetivo a separação judicial (1 ano) ou o divórcio (2 anos)*²⁴.

Naturalmente, desavenças e desentendimentos ocorrem com todos os casais, durante o namoro, o noivado, o casamento ou o companheirismo, seguido muitas vezes de breves rupturas temporárias do relacionamento.

e) Inexistência de Impedimentos Matrimoniais

O § 1º do artigo 1723 do Código Civil veda a constituição da união estável se ocorrer os impedimentos do art. 1521, ressalvado o inciso VI, *no caso de pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.*

²¹ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 546.

²² Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 128.

²³ Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 128.

²⁴ Ibid, mesma página.

Assim, não podem constituir união estável os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; os afins em linha reta, ou seja, sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada, madrasta e enteado, observando-se que o vínculo de afinidade resulta tanto do casamento como da união estável, como dispõe o art. 1595, *caput*²⁵; os irmãos, unilaterais ou bilaterais, os colaterais até o terceiro grau inclusive, e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

Observa Gonçalves,

*os impedimentos baseados no interesse público com forte conteúdo moral, que representam um obstáculo para que uma pessoa constitua família pelo vínculo do casamento, são aplicáveis, também para os que pretendem estabelecer família pela união estável. Quem não tem legitimação para casar não tem legitimação para criar entidade familiar pela convivência, ainda que observe os requisitos do caput do art. 1723 do Código Civil*²⁶.

Destaca Diniz,

*as causas suspensivas do art. 1523 do Código Civil não impedirão a caracterização da união estável (CC, art. 1723, § 2º). E pode ser reconhecida a união estável de separado judicialmente, pois a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens*²⁷.

f) Relação Monogâmica

Preceitua Gonçalves,

*como também ocorre nas uniões conjugais, o vínculo entre os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação. Não se admite que pessoa casada, não separada de fato, venha a constituir união estável, nem que aquela que convive com um companheiro venha a constituir união estável*²⁸.

²⁵ A expressão significa cabeça do artigo, disponível em w.w.w. direitonet. com.br, acesso no dia 30/10/2007.

²⁶ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 548.

²⁷ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2004, p. 340.

²⁸ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 548.

Embora a convivência múltipla a um só tempo, simultânea, não caracterize união estável, admite-se a existência de uniões estáveis sucessivas. Pode, com efeito, uma pessoa conviver, com observância dos requisitos do artigo 1723, caput, do Código Civil, em épocas diversas com pessoas diversas. Os direitos dos companheiros serão definidos, nessa hipótese, em cada período de convivência, como também sucede com a pessoa que se casa mais de uma vez, sucessivamente²⁹.

Amorim e Oliveira destacam:

mas cumpre lembrar a possibilidade de união estável putativa, à semelhança do casamento putativo, mesmo em casos de nulidade ou de anulação de segunda união, quando haja boa-fé, por parte de um ou de ambos os cônjuges, com reconhecimento de direitos³⁰

1.3. Deveres dos Companheiros

O artigo 1724 do Código Civil dispõe sobre as relações pessoais entre os companheiros, *in verbis*: *as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos.*

Gonçalves, ao analisar o dispositivo acima, destaca:

Os três primeiros são direitos e deveres recíprocos, vindo em seguida os de guarda, sustento e educação dos filhos. O dever de fidelidade recíproco está implícito nos de lealdade e respeito. Embora o Código Civil não fale em adultério entre companheiros, a lealdade é gênero de que a fidelidade é espécie. E o dispositivo em apreço, exige que eles sejam leais³¹.

A assistência constitui também dever recíproco dos companheiros, correspondente ao dever de mútua assistência imposto aos cônjuges. Tal dever os obriga a se auxiliarem reciprocamente, em todos os níveis.

²⁹ Ibid, p. 549.

³⁰ Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 124.

³¹ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 550.

A guarda é, ao mesmo tempo, dever e direito dos pais. Ocorrendo a separação destes, sem que haja acordo quanto à guarda dos filhos, será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la, nos moldes do disposto no art. 1584 do Código Civil.

Leciona Gonçalves,

subsiste a obrigação de sustentar os filhos menores e dar-lhes orientação moral e educacional mesmo após a dissolução da união estável. O poder familiar, de que decorre a obrigação de sustento dos filhos menores, independe de casamento dos pais e subsistência da união conjugal ou estável³².

1.4. Direitos dos Companheiros

Os direitos fundamentais dos companheiros, no plano material, são os concernentes a alimentos, meação e herança.

1.4.1. Alimentos

O artigo 1694 do Código Civil assegura o direito recíproco dos companheiros aos alimentos. Na hipótese de dissolução da união estável, o convivente terá direito, além da partilha dos bens comuns, a alimentos, desde que comprove suas necessidades e as possibilidades do parceiro, como exige o § 1º do aludido dispositivo. Cessa, todavia, tal direito, com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor (artigo 1708). Perderá também o direito aos alimentos o credor que tiver procedimento indigno em relação ao devedor (artigo 1708, parágrafo único).

1.4.2. Meação e Regime de Bens

Gonçalves explica sobre a meação e o regime de bens, na união estável:

³² Ibid, p. 551.

Os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros, devendo ser partilhados, em caso de dissolução, com observância das normas que regem o regime da comunhão parcial de bens³³.

Não celebrando os parceiros contrato escrito estabelecendo regra diversa, aplicar-se-á a união por eles constituída o regime de comunhão parcial de bens abrangendo os aqüestos, ou seja, os bens que sobrevierem na constância do casamento, permanecendo como bens particulares de cada qual, os adquiridos anteriormente e os sub-rogados em seu lugar, bem como os adquiridos durante a convivência a título gratuito, por doação ou herança³⁴.

1.4.3. Sucessão Hereditária

O Código Civil de 2002, no campo do direito sucessório, preserva a meação, que não se confunde com a herança, do companheiro sobrevivente, em razão do regime da comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1725 do aludido diploma. No tocante à herança, os direitos sucessórios limitam-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, como preceitua o art. 1790, *caput*.

Esses direitos sucessórios são, todavia, restritos a uma quota equivalente a que por lei for atribuída ao filho, se concorrer com filhos comuns; ou à metade do que couber a cada um dos descendentes exclusivos do autor da herança, se somente com eles concorrer; ou a um terço daqueles bens, se concorrer com outros parentes sucessíveis, como ascendentes, irmãos, sobrinhos, tios e primos do falecido; ou à totalidade da herança, não havendo parentes sucessíveis, segundo dispõe o artigo 1790, incisos I a IV.

³³ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 2005, p. 554

³⁴ *Ibid*, p. 555.

2. DA SUCESSÃO E DA HERANÇA

Conceitua Rodrigues,

*o direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores*³⁵.

Beviláqua traz o seguinte conceito de sucessão:

*Sucessão em sentido geral e vulgar, é a seqüência de fenômenos ou fatos, que aparecem uns após os outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações. Na tecnologia jurídica, significa a transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa a outra*³⁶.

A sucessão jurídica é *mortis causa*, por causa da morte, ou *inter vivos*, entre os vivos, segundo o fato que lhe dá origem, dependendo ou não da morte do sucedendo.

Conceitua Beviláqua,

*a sucessão mortis causa é a transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobrevivente, em virtude de lei ou da vontade expressa do transmissor*³⁷.

A sucessão pode ser a título universal ou a título singular. Diz-se a título universal quando transfere a totalidade do patrimônio ou uma cota parte dele. O sucessor a título universal toma o nome de herdeiro. Este é considerado representante e continuador do *de cuius*, por tal modo que os direitos e obrigações componentes da herança se conservam sem alteração, apesar da mudança dos respectivos agentes.

A sucessão a título universal dá-se, por exemplo, na cláusula testamentária que defere ao herdeiro todos os bens do falecido, ou em um terço, um quarto de seu patrimônio,

³⁵ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 03.

³⁶ Clóvis Beviláqua. **Direito das Sucessões**, 1955, p.13.

³⁷ *Ibid*, p. 14.

ou, exemplificativamente, quando o testador declara deixar aos herdeiros seus bens, ou seus valores imobiliários, situados em tal país.

A sucessão se processa a título singular quando o testador se dispõe a transferir ao beneficiário um bem determinado, como, por exemplo, na cláusula testamentária que deixa a alguém um automóvel, determinado prédio, certas ações de companhia.

Beviláqua observa que os direitos personalíssimos não se sujeitam a transmissão hereditária, pois terminam com a morte da pessoa.

*Nem todos os direitos, porém, são suscetíveis de transmissão hereditária. Os direitos personalíssimos terminam com a morte do agente, desfazem-se, extinguem-se com a vida, sem que os possa continuar o sucessor da pessoa em favor da qual existiam*³⁸.

Sobre a sucessão a título singular, Beviláqua apresenta o seguinte conceito:

*Sucessão a título singular é aquela em que se transmitem objetos singularmente considerados. O sucessor toma, então, o nome de legatário, adquire os direitos ou as coisas, que lhes são deixadas, porém, não representa a pessoa do hereditando, e não lhe sucede nas obrigações que não estejam substancialmente ligadas ao legado ou que não tenham sido impostas pelo testador em concomitância com o legado*³⁹.

2.1 Da Herança

Herança é a universalidade dos bens que alguém deixa por ocasião de sua morte, o patrimônio do falecido, ou seja, o conjunto de bens materiais, direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários.

Sobre o patrimônio, Beviláqua traz o seguinte conceito: *É a totalidade das relações econômicas de uma pessoa, considerada como unidade jurídica. É a projeção da personalidade jurídica do homem sobre os bens*⁴⁰.

³⁸ Clóvis Beviláqua. **Direito das Sucessões**, 1955, p. 14.

³⁹ *Ibid*, p. 14 e 15.

⁴⁰ *Ibid*, p.15.

Diz-nos, entretanto, a história que nem sempre foi assim, que a garantia pessoal era primitivamente, aquela, com que podiam contar os credores. Mais tarde é que se compreendeu que os bens refletiam e conservavam uma certa porção da pessoa do proprietário, que o patrimônio era o prolongamento da personalidade atingindo as coisas.

Essa totalidade de relações econômicas, essa universalidade de direitos e obrigações, que forma o patrimônio, recebe a denominação de herança, quando, pelo falecimento da pessoa se a considera em relação à transmissão para outra ou para outras pessoas. Portanto, a herança é o patrimônio observado no momento de sua passagem de um proprietário, que falece, para outro, que lhe toma o lugar.

2.2. Indivisibilidade da Herança

Para os efeitos legais, a sucessão aberta é tida como imóvel (Código Civil, artigo 80, inciso II).

Explica Rodrigues, *a morte do titular do patrimônio, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento, por força de lei*⁴¹.

Rodrigues ao se referir sobre o artigo 1791 do Código Civil de 2002, explica sobre a indivisibilidade da herança:

*Mesmo que o de cujus tenha vários herdeiros, a herança defere-se como um todo unitário, e os direitos dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, regulando-se pelas normas relativas ao condomínio (Código Civil, artigo 1791 e parágrafo único).*⁴²

*A indivisibilidade de que trata o parágrafo único do art. 1791 é imposta por lei e dura até a sentença de partilha. Sua principal, se não exclusiva, consequência é gerar, na pessoa de cada herdeiro, a prerrogativa de reclamar a herança inteira, de quem quer que injustamente a possua, sem que essa pessoa possa defender-se alegando o caráter parcial do direito do reivindicante*⁴³.

⁴¹ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 23.

⁴² Ibid, mesma página.

⁴³ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 24.

Nossa lei estabelece o princípio da indivisibilidade da herança até a partilha, porque os co-herdeiros, no período da indivisão, se encontram num regime de condomínio forçado, em que cada um possui uma parte ideal da herança. Esse é o motivo pelo qual o co-herdeiro não pode vender ou hipotecar parte determinada de coisa comum do espólio, mas tão somente ceder direitos hereditários concernentes à sua parte ideal.

O artigo 1794 do Código Civil prescreve, *o co-herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto.*

Reza o artigo 1795, *o co-herdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até cento e oitenta dias após a transmissão.*

Ensina Diniz,

Com a partilha, portanto, cessa o estado de indivisão da herança, formando-se o quinhão hereditário de cada herdeiro (Código Civil, artigo 2023) com os bens que passam a incorporar ao seu patrimônio retroativamente, como se fossem seus desde a data do falecimento do de cujus, havendo, pois, uma individualização ou materialização do que lhe coube por morte do autor da herança⁴⁴.

2.3. Abertura da Sucessão: Momento da Transmissão da Herança

Explica Rodrigues,

A sucessão causa mortis se abre com a morte do autor da herança. No momento exato do falecimento, a herança se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários do de cujus, quer estes tenham ou não ciência daquela circunstância. Isso porque, a personalidade civil, ou seja, a capacidade da pessoa humana para ser titular de direitos e obrigações na órbita do direito, extingue-se com sua morte⁴⁵.

⁴⁴ Maria Helena Diniz. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**, 2006, p. 46.

⁴⁵ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 11.

Com a morte do autor da herança, a posse e a propriedade dos bens que a compõem transmitem-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários.

Observa Rodrigues,

A legitimação para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que, naturalmente, regular-se-á conforme a lei então em vigor, pois como é no momento do falecimento que o herdeiro é chamado a suceder, nesse momento é que deve ele ostentar a condição de herdeiro⁴⁶

Por ocasião da promulgação do Código Civil de 1916 eram chamados à sucessão, à falta de outros herdeiros, os colaterais até sexto grau. Pelo referido Código Civil de 2002, só conservam esse direito os colaterais em quarto grau.

Na lição de Rodrigues,

O herdeiro que sobrevive ao de cujus, ainda que por um instante, faz sua a herança por aquele deixada. Com efeito, ao menos por uma fração de segundo os bens do finado incorporam-se ao patrimônio de seu sucessor, de modo que, quando este morre, no momento seguinte transmite aos seus herdeiros os bens adquiridos, embora houvesse morrido na ignorância de haver herdado referido patrimônio⁴⁷.

O valor dos bens inventariados é do momento da morte do *de cujus*, pois é nesse momento que se dá a transmissão dos mesmos para os herdeiros.

2.4. Transmissão da posse. O princípio da Saisine

A morte natural é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem o óbito do *de cujus*, dado que não há herança de pessoa viva.

No momento do falecimento do *de cujus* abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros

⁴⁶ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 11 e 12.

⁴⁷ *Ibid*, p. 12 e 13.

sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato.

A primeira dificuldade encontrada diz respeito à possibilidade ou não da transmissão da posse de uma herança, por muitos, negada, por tratar-se de uma *universitas iuris*. Porque afinal, a posse é mera situação de fato, nem sempre suscetível de ser transferida por determinação legal.

O que a lei visa, com o dispositivo, é atribuir ao herdeiro a condição de possuidor, sem cogitar a aquisição de tal estado à apreensão material da coisa. Apesar de a herança se encontrar na detenção de terceiros, o herdeiro adquire a qualidade de possuidor. Terá ele obtido a posse indireta, remanescendo a posse direta com quem legitimamente detenha a coisa.

A atribuição da qualidade de possuidor ao herdeiro gera importantes efeitos, dos quais o principal é deferir-lhe a prerrogativa de recorrer aos interditos possessórios para defesa dos bens herdados.

Sobre a transmissão da posse, Rodrigues estabelece que:

Com efeito, enquanto é facilmente concebível a transmissão automática do domínio, pois o herdeiro toma a posição do defunto, substituindo-o em todas as relações jurídicas patrimoniais, a posse, relação de fato, envolve, na concepção tradicional, um ato externo de apreensão da coisa. Portanto, a transmissão da posse – relação objetiva- sem um ato externo implica sutil abstração, requerendo recurso a uma ficção que não se amolda ao princípio prático que sempre orientou o jurista romano⁴⁸.

A regra atual, consignado o princípio da *saisine*, ou seja, a idéia de que a posse da herança se transmite *in continenti* aos herdeiros, surgiu no direito francês, para resolver uma situação peculiar.

O princípio da transmissão *ex lege* dos bens hereditários aos sucessores universais do *de cuius* só foi introduzida no direito português pelo alvará de 9 de novembro de 1754. Dali

⁴⁸ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 13 e 14.

passou para o direito brasileiro, sendo consolidado por Teixeira de Freitas no art. 978 de sua Consolidação das leis civis. Assim, fica delineada a fonte do art. 1752 do Código Civil de 1916 e do art. 1784 do Código Civil de 2002.

No que diz respeito à posse na herança, Rodrigues ensina que:

A regra deve ser interpretada em consonância com o art. 1727 do Código Civil, que determina continuar o sucessor universal a posse de seu antecessor, de modo que o herdeiro se sub-roga, no que diz respeito à posse da herança, na própria situação que o finado desfrutava. Se era ele titular de uma posse justa e de boa-fé, o herdeiro adquirirá uma posse justa e de boa fé. Se, ao contrário, for injusta a posse do de cujus, a posse de seu sucessor terá igual defeito, pois ninguém pode transmitir mais direitos do que tem. É verdade, entretanto, que, se a posse for violenta ou clandestina, pode ele convalescer desses vícios após o transcurso de ano e dia a contar da cessação da violência ou da clandestinidade⁴⁹

2.5. Lugar em que se Abre a Sucessão

Abre-se a sucessão no último domicílio do *de cujus*, é a regra consignada no artigo 1785 do Código Civil. Consequentemente, a jurisdição sobre o que lhe disser respeito é a do juiz desse domicílio.

Sobre a competência para o processamento do inventário, Rodrigues aponta que:

No juízo do inventário serão decididas todas as questões relativas à sucessão. Essa é, de resto, a regra do art. 96 do Código de Processo Civil, que dispõe ser competente, para o inventário e partilha, o foro do domicílio do de cujus, bem como para todas as ações relativas à herança. Se o de cujus tinha vários domicílios, requerido o processamento de seu inventário em um deles, fixa-se a competência do juiz requerido, para processá-lo⁵⁰.

Na falta de domicílio certo, será competente o foro da situação dos bens; se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes, será competente o lugar em que ocorreu o óbito.

⁴⁹ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 15.

⁵⁰ Ibid, p. 21.

Ao discorrer sobre a situação em que o cônjuge do *de cujus* falece no curso do processo de inventário, Rodrigues explica que:

Segundo a lição de Washington de Barros Monteiro e de acordo com abundante jurisprudência citada por esse eminente mestre, se o cônjuge do de cujus falece no curso do processo, o inventário deste último se processará conjuntamente com o do anterior falecido, em obediência ao princípio da conexão. A conexão ainda prevenirá a competência, em caso de falecimento de herdeiro sem outro bem além da quota hereditária no primitivo inventário⁵¹.

A lei ainda prescreve que, se o autor da herança houver falecido no estrangeiro, será competente, para processar o inventário, o foro de seu último domicílio no Brasil. E, na falta de domicílio certo, será competente o foro da situação do imóvel deixado pelo *de cujus*. E, em sua falta, o lugar do falecimento, se ocorrido no Brasil (CPC, art. 96 e parágrafo único).

2.6 Espécies de Sucessão: Legítima e Testamentária

Rodrigues explica sobre a sucessão legítima e testamentária:

A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade. Quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento, chama-se sucessão testamentária; quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima⁵².

Rodrigues observa que é possível a existência simultânea dos dois meios de transmitir bens, em única sucessão:

Ao contrário do que ocorria no direito romano, em que a sucessão ou era legítima ou testamentária, uma excluindo a outra, no direito brasileiro é possível a existência simultânea dos dois meios de transmitir bens causa mortis em única sucessão. Assim, falecendo uma pessoa com testamento que não abranja todos os seus bens, a parte de seu patrimônio não referida no ato de última vontade passa a seus herdeiros legítimos⁵³.

⁵¹ Washington de Barros Monteiro apud Sílvia Rodrigues, **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 21.

⁵² Sílvia Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 16.

⁵³ Ibid, mesma página.

Diniz esclarece que se o testador tiver herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes e cônjuge supérstite, só poderá dispor de metade de seus bens.

Todavia, ante o sistema da liberdade de testar limitada, adotado pela lei pátria, se o testador tiver herdeiros necessários, ou seja, cônjuge supérstite, descendentes e ascendentes sucessíveis (Código Civil, artigos 1845 e 1846), só poderá dispor de metade de seus bens (Código Civil, artigo 1789), uma vez que a outra metade constitui a legítima daqueles herdeiros. Assim sendo, o patrimônio do de cujus será dividido em duas partes iguais: a legítima ou reserva legitimária, que cabe aos herdeiros necessários, a menos que sejam deserdados, e a porção disponível, da qual pode livremente dispor, feitas as exceções do art. 1805 do Código Civil, concernentes à incapacidade testamentária passiva⁵⁴.

Legítima é a sucessão procedida de acordo com a lei e deferida às pessoas nela definidas que, por serem ligadas ao *de cujus* por laços de parentesco, ou matrimônio, presumivelmente seriam por ele beneficiadas, se houvesse manifestado sua última vontade.

A sucessão legítima se dá quando a pessoa morre sem deixar testamento, ou quando o testamento caducar ou for julgado nulo, pois nesses casos deixa de haver disposição de última vontade e é a lei que determina o destino dos bens do finado.

A sucessão é simultaneamente legítima e testamentária quando o testamento do defunto não abrange todos os seus bens. Em ocorrendo o caso, os bens referidos no testamento se transmitem aos herdeiros testamentários e aos legatários. Os bens restantes são deferidos aos herdeiros legítimos, na ordem de vocação hereditária.

2.7 Capacidade e Incapacidade Sucessória

2.7.1 Capacidade para Suceder

A capacidade civil é a aptidão que tem uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil; é o poder de ação no mundo jurídico.

⁵⁴ Maria Helena Diniz. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**, 2006, p. 17.

A legitimação ou capacidade sucessória é a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius*.

Uma pessoa pode ser incapaz para praticar atos da vida civil e ter capacidade para suceder. Igualmente, alguém pode ser incapaz de suceder, apesar de gozar de plena capacidade civil, como ocorre com o indigno de suceder, que não sofre nenhuma diminuição na sua capacidade para os atos da vida civil, mas não a tem para herdar da pessoa em relação à qual é considerado indigno, pelo que não tem eficácia jurídica a declaração que, porventura, tenha feito de aceitar a herança.

Diniz explica sobre os pressupostos que devem ser analisados para apurar a capacidade sucessória:

*Para apurar a capacidade sucessória, cumpre observar a ocorrência dos seguintes pressupostos: morte do de cuius, porque só nesse momento é que a propriedade e a posse da herança se transmitem aos herdeiros legítimos e testamentários; sobrevivência do sucessor, ainda que por fração ínfima de tempo, dado que a herança não se transmite ao nada*⁵⁵.

A capacidade para adquirir herança, inclusive por via testamentária, pressupõe existência de herdeiro, ou legatário, à época da morte do testador.

Pessoa ainda não concebida ao tempo da abertura da sucessão não pode herdar, salvo na hipótese do artigo 1799, I, do Código Civil.

Se, por ocasião do óbito do *de cuius*, o herdeiro estiver morto, passa-se o acervo hereditário aos outros de sua classe ou aos da classe imediata, se ele for o único.

A capacidade sucessória do nascituro é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutive. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder, adquire, em estado potencial, desde logo, o domínio e a posse da herança, como se já fosse nascido; porém, como lhe falta personalidade

⁵⁵ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2004, p. 48 e 49.

jurídica material, nomeia-se-lhe um curador ao ventre. Se nascer vivo, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir do falecimento do autor da herança. Se nascer morto, será tido como se nunca tivesse existido, logo, a sucessão será ineficaz. Se nascer com vida, ainda que sua mãe tenha falecido no trabalho de parto ou em acidente ou colapso, terá capacidade para suceder, embora não tenha com ela coexistido.

2.8 Exclusão do Herdeiro ou Legatário da Herança por Indignidade

A indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito à herança não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, honra, e a liberdade do de cujus ou de seus familiares.

Rodrigues explica sobre a indignidade e a deserdação, estabelecendo as diferenças:

A indignidade se distingue da deserdação porque, enquanto esta representa instituto exclusivo da sucessão testamentária, aquela atinge tanto a sucessão legítima como a derivada da última vontade. Ademais, enquanto a deserdação é o instrumento a que recorre o testador para afastar de sua sucessão os seus herdeiros necessários, a indignidade resulta de mandamento legal e priva da herança não apenas os sucessores necessários como todos os legítimos e ainda os testamentários⁵⁶.

⁵⁶ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 65.

3. SUCESSÃO LEGÍTIMA NA UNIÃO ESTÁVEL

A evolução da família constituída fora do casamento foi um dos aspectos marcantes do direito brasileiro, na segunda metade do século XX. A posição inicial do Código Civil de 1916 era de franca hostilidade com relação às famílias extramatrimoniais, que, entretanto, pouco a pouco, mas de forma inevitável, vieram ganhando amparo e reconhecimento, até a Constituição de 1988, em que se proclamou, que a união estável entre o homem e a mulher está sob a proteção do Estado, devendo a lei facilitar-lhe a conversão em casamento.

Destaca Amorim e Oliveira que, antes da união estável ser regulamentada o companheiro não tinha direito à herança, sendo reconhecido apenas ao cônjuge o direito de recebê-la:

Antes da regulamentação da união estável não havia direito à herança entre companheiros. Na ordem de vocação hereditária, prevista no artigo 1603 do Código Civil de 1916, aparece apenas o cônjuge sobrevivente, para haver a herança depois dos descendentes e ascendentes. Na falta do cônjuge, sucediam os colaterais, sem lugar, portanto, para chamamento de companheiro supérstite⁵⁷.

O artigo 1603 do Código Civil de 1916, que trazia a ordem de vocação hereditária dos herdeiros, não incluía o companheiro neste rol, uma vez que a união estável ainda não era tratada como entidade familiar e estava privada de produzir efeitos sucessórios.

Rodrigues apresenta o seguinte conceito sobre a ordem de vocação hereditária:

É a relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado. O legislador, nessa relação de pessoas, as divide em várias classes⁵⁸.

Entende-se por vocação hereditária o chamamento de pessoa legitimada a suceder nos bens do falecido. Pode ocorrer por disposição legal, como na sucessão legítima, em que os herdeiros são chamados segundo a ordem de vocação hereditária. Ou pode haver o

⁵⁷ Euclides de Oliveira; Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 161.

⁵⁸ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 94.

chamamento dos herdeiros previstos em testamento, e do legatário, por disposição de vontade do autor da herança.

No campo sucessório somente era possível favorecimento do companheiro por meio de disposição testamentária, mas vedava a nomeação de concubina de testador casado como herdeira testamentária ou legatária.

Amorim e Oliveira observam que o companheiro sobrevivente, desde que dependente do falecido, tinha direito a receber certos valores da herança, como saldo de salário, FGTS, PIS/PASEP, dentre outros:

Ainda extensivo ao companheiro, desde que situado como dependente do falecido, o direito ao levantamento de certos valores da herança, tais como saldo de salário, FGTS, PIS/PASEP, restituição de tributos e depósitos bancários de pequeno valor, nos termos da Lei nº 6.858/80⁵⁹.

A definição de dependência serve para fins securitários, conforme previsto na própria Constituição Federal, artigo 201, inciso V. Sua regulamentação consta das leis previdenciárias, fiscais e outras, avançando também, no campo sucessório, nos termos da Lei 6.858/80, para garantir aos ex-dependentes do falecido o levantamento de certas quantias que se apartam de outros valores da herança em vista de seu caráter de essencialidade e específica natureza.

3.1 Lei nº 8.971/94

Somente em 1994, com o advento da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, reconheceu-se o direito sucessório aos companheiros.

O artigo 2º desta lei diz que as pessoas referidas no artigo anterior, ou seja, as que viviam com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns; ao usufruto de metade dos bens, se não houver

⁵⁹ Euclides de Oliveira; Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 162.

filhos, embora sobrevivam ascendentes; na falta de descendente e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade dos bens.

Explicam Amorim e Oliveira sobre o usufruto, direito assegurado ao companheiro enquanto não constituísse nova união:

Consiste, o usufruto, no direito de fruir as utilidades e frutos dos bens, destacando-se da nua propriedade reservada aos herdeiros (arts. 674 e 716 do CC/16). Como espécie de direito real, uma vez constituído sobre imóveis, deve ser levado a registro⁶⁰.

O direito ao usufruto sobre os bens deixados pelo extinto companheiro era assegurado ao sobrevivente, enquanto não constituísse nova união. Dispõe o artigo 2º, incisos I e II, da Lei nº 8.971/94 que será parcial o usufruto: sobre ¼ dos bens, se houver herdeiro descendente; sobre ½ dos bens, se houver herdeiro ascendente⁶¹.

Observam Amorim e Oliveira que o direito ao usufruto é devido enquanto não for constituída nova união, seja de fato ou pelo casamento.

Na lei nº 8.971/94, os requisitos para o direito a sucessão tratada no art. 2º desta lei eram os mesmos previstos no seu art. 1º para caracterização da qualidade de companheiros: união comprovada de homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, salvo se com prole.

O novo Código Civil, porém, não contempla os companheiros com o direito de usufruto, atualmente assegurado pela Lei nº 8.971/94. Aliás, a nova legislação civil não prevê mais o usufruto vidual nem para os casados, de forma que seria ilógico mantê-los aos companheiros.

3.2. Lei nº 9.278/96

A lei 9.278, de 10 de maio de 1996 nada refere sobre direitos de usufruto ou de herança, mas tampouco revoga os correspondentes dispositivos da Lei nº 8.971/94. Limita-se, a nova lei da união estável, no seu artigo 7º, parágrafo único, a prever mais um direito

⁶⁰ Euclides de Oliveira; Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 167.

⁶¹ Ibid, mesma página.

sucessório ao companheiro sobrevivente: o direito real de habitação, enquanto o beneficiário viver ou não constituir outra união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

É importante ressaltar que a Lei nº 9.278/96 não revogou o artigo 2º da Lei nº 8.971/94, que garantia ao companheiro (a) o direito à herança. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma:

Recurso Especial. União Estável. Direito de Herança. Lei 8.971/94. Lei 9.278/96. Com a entrada em vigor da Lei 9.278/96 não foi revogado o artigo 2º da Lei 8.971/94 que garante à companheira sobrevivente à totalidade da herança, quando inexistirem ascendentes e descendentes. Quanto aos direitos do companheiro sobrevivente não há incompatibilidade entre a Lei 9.278/96 e 8.971/94, sendo possível a convivência dos dois diplomas (REsp.747.619/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 07.06.2005, DJ 01.07.2005, p. 534).

União Estável. Direito da Companheira à Herança. Lei nº 8.971/94. Lei 9.278/96. O advento da Lei nº 9.278/96 não revogou o artigo 2º da Lei nº 8.971/94, que regulou o direito da companheira à herança de seu falecido companheiro, reconhecida a união estável (REsp. 418.365/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, terceira turma, julgado em 21.11.2002, DJ 28.04.2003, p. 198).

Rodrigues destaca que a Lei nº 8.971/94 equiparou a união estável ao casamento, sendo reconhecidos direitos hereditários ao companheiro sobrevivente:

Em matéria de sucessão, a Lei nº 8.971/94 - com os complementos da Lei nº 9.278/86 - equiparou, praticamente, a união estável e o casamento. Ao companheiro sobrevivente foram conferidos direitos hereditários similares, equivalentes aos do cônjuge supérstite⁶².

Por essas disposições das leis da união estável verifica-se grande avanço em favor dos direitos dos companheiros, por sua equiparação aos direitos dos cônjuges no plano sucessório.

Sobre o direito de habitação, reconhecido ao companheiro pela Lei nº 9.278/96, Amorim e Oliveira, destacam:

⁶² Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 116-117.

*O direito de habitação, espécie de direito real sobre coisa alheia (art. 746 do CC/16; art. 1414 do Novo Código Civil), foi também estendido ao companheiro sobrevivente pelo art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, por analogia com o tratamento dispensado ao cônjuge viúvo (art. 1.611, § 2º, do Código Civil). Esse direito persistirá enquanto o beneficiário viver ou não constituir nova união ou casamento, incidindo sobre o imóvel de residência da família*⁶³.

Amorim e Oliveira distinguem a habitação do usufruto, explicando o seguinte:

*Habitação distingue-se de usufruto, pois tem caráter mais restrito que este. Consiste em uso para moradia, não abrangente da percepção de frutos, por isso que somente confere direito de habitar, gratuitamente, imóvel residencial alheio. Quem habita não pode alugar nem emprestar a coisa, mas somente ocupa-la com sua família*⁶⁴.

*Poder-se-ia afirmar que, uma vez obtido usufruto sobre parte dos bens, nele já se abrange o correlato direito de habitação que é uma das formas de usufruir do bem imóvel. Mas não é bem assim. O usufruto pode incidir sobre bens certos e determinados, que não sejam de natureza residencial, diferenciando-se do direito de habitação a incidir no remanescente imóvel residencial. Nessa situação, o companheiro acabaria sendo duplamente aquinhado, com benefícios hereditários maiores do que teria se fosse casado com o autor da herança, o que atenta, sem nenhuma dúvida, a princípios igualitários não só em plano individual como na comparação entre famílias constituídas com ou sem casamento*⁶⁵

É importante destacar que a Lei nº 9.278/96, em seu art. 1º, introduziu um novo conceito de união estável, mais amplo e flexível, alterando o conceito trazido pela Lei nº 8.971/94. A nova lei não fixou prazo para o reconhecimento de uma relação entre um homem e uma mulher como sendo uma união estável, e ainda, trouxe a possibilidade de pessoas separadas de fato constituírem união estável.

Amorim e Oliveira ressaltam que o direito de habitação reconhecido ao companheiro sobrevivente pela Lei nº 9.278/96, não foi preservado pelo Código Civil de 2002, sendo mantido apenas ao cônjuge:

Foi preservado no NOVO CÓDIGO CIVIL, o direito de habitação no imóvel que servia de residência ao casal, mas somente em favor do cônjuge

⁶³ Euclides de Oliveira; Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 168.

⁶⁴ *Ibid*, mesma página.

⁶⁵ *Ibid*, p. 170.

*sobrevivente. Não há previsão do mesmo direito, de elevado cunho social, ao companheiro sobrevivente, que assim é deixado inteiramente à míngua, nem mesmo podendo continuar a residir no imóvel que lhe servia de residência na união estável*⁶⁶.

O direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, não foi mencionado no Código Civil de 2002, com relação à união estável.

3.3 A Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil

A união estável entre homem e mulher constitui entidade familiar digna de proteção do Estado. A previsão teve origem na Constituição Federal de 1988, seguindo-se a regulamentação dos direitos dos companheiros nas Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Por essa legislação especial, o companheiro sobrevivente ocupava posição similar à do cônjuge viúvo, tendo direito a usufruto parcial sobre os bens da herança, se concorresse com descendentes ou ascendentes do falecido, ou à totalidade da herança, se não houvesse descendentes nem ascendentes, além do direito real de habitação sobre o imóvel que lhe servia de residência.

O Código Civil de 2002, nos artigos de 1723 a 1726, regula a união estável, indicando os elementos que a caracterizam; os impedimentos para a sua constituição; os deveres dos companheiros e o regime das relações patrimoniais entre eles.

Muda substancialmente a posição sucessória do companheiro, se comparados os textos das leis especiais da união estável e o sistema adotado na nova legislação civil.

O novo Código Civil fez uma significativa alteração nas regras pertinentes ao direito sucessório dos companheiros, no entanto, por outro lado, deixou importantes lacunas sobre determinados aspectos.

⁶⁶ Euclides de Oliveira; Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 171.

Inicialmente, denota-se que, por força dos artigos 1790 e 1845 do Novo Código Civil, o companheiro, ao contrário do cônjuge supérstite, não figura como herdeiro necessário, o que acarreta a possibilidade do autor da herança dispor, em testamento, da integralidade de seu patrimônio, ressalvado, conforme o caso, ao companheiro sobrevivente o direito de meação quanto aos bens adquiridos na constância da união estável.

Dispõe o artigo 1845 do Código Civil de 2002, *in verbis*: *são herdeiros necessários, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.*

São considerados herdeiros necessários porque eles não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido, salvo se o autor da herança afastá-los, quando lhes atribuir um fato caracterizador da ingratidão.

Cabe aos herdeiros necessários a metade dos bens da herança, constituindo a legítima, conforme a regra do artigo 1846.

Com o novo Código Civil, artigo 1790, modificou-se substancialmente a situação do companheiro sobrevivente, que passa a concorrer no direito de herança apenas sobre os bens havidos onerosamente durante a vida em comum com o falecido parceiro. Importa dizer que o companheiro não terá participação na herança relativo a outros bens adquiridos antes ou havidos graciosamente (herança ou doação) pelo autor da herança.

Rodrigues ensina que o companheiro terá direito a herança, apenas sobre os bens adquiridos a título oneroso durante a união estável.

Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houve aquisição, a título oneroso de nenhum bem, não haverá a possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o de cujus tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável ⁶⁷.

Ao discorrer sobre a sucessão do convivente, Rodrigues aponta a seguinte crítica:

Não vejo razão alguma para que o companheiro sobrevivente concorra - e apenas com relação à parte da herança que for representada por bens adquiridos onerosamente durante a união estável- com os colaterais do de cujus. Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição

⁶⁷ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 118.

*tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa que viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento*⁶⁸.

Não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não ter deixado parentes sucessíveis. O Código Civil, no artigo 1790, *caput*, sob cujos limites os incisos que se lhe seguem devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao companheiro com relação aos bens adquiridos onerosamente durante esse mesmo período.

Em relação aos bens adquiridos a título gratuito pelo autor da herança e a ausência de parentes sucessíveis, Andrade Nery e Nery Júnior apresentam a seguinte opinião:

*É de se indagar se, em face da limitação do Código Civil, artigo 1790, caput, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida ao poder público. Parece-nos que não, por três motivos: a) o Código Civil, artigo 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o de cujus não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à totalidade da herança, fugindo do comando do caput, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura da herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo e, apesar de não constar do rol do Código Civil 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário*⁶⁹.

Sobre os bens comuns, porque adquiridos na vigência da união estável, e a título oneroso, o companheiro já tem direito à meação, pelo regime legal da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito (artigo 1725 do Código Civil de 2002).

A matéria acha-se deslocada, em disposição única no artigo 1790 do Novo Código, de permeio a “disposições gerais” do título referente à sucessão em geral. Mostra-se criticável essa opção legislativa em alocar o tema do direito de herança do companheiro fora do seu natural e próprio contexto, que seria o capítulo da ordem de vocação hereditária, no título pertinente à sucessão legítima.

⁶⁸ Ibid, p. 119.

⁶⁹ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**, 2005, p. 824.

Os critérios de participação do companheiro na herança estão previstos no artigo 1790 do Código Civil, *in verbis*:

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 1/3 (um terço) da herança;

IV- não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Da leitura do inciso I do referido artigo, verifica-se que o companheiro supérstite, quando existir somente filhos comuns, fará jus a uma quota equivalente a que, legalmente, for atribuída a estes filhos. Assim, a herança, excluída a meação, será dividida em tantas partes quantos sejam os filhos comuns, mais uma. Exemplificando: havendo três filhos comuns, a herança, excluída a meação, dividir-se-á em quatro partes iguais, ficando cada filho com uma parte e o (a) companheiro (a) com outra.

Pela disposição do inciso II, se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocará ao (a) companheiro (a) a metade do que couber a cada um daqueles. Neste caso então, havendo, por exemplo, dois filhos somente do *de cujus*, os bens comuns serão divididos em duas partes e meia, ficando cada filho com uma parte e o companheiro (a) com meia parte. Os bens não comuns serão integralmente divididos entre os filhos do *de cujus*.

Pode-se perceber que o legislador se omitiu quanto à hipótese freqüente em que o companheiro concorre na sucessão hereditária com descendentes comuns e com descendentes só do autor da herança. Para esta ausência de previsão a doutrina propõe diversas soluções. Os doutrinadores se dividem, alguns defendem a aplicação do inciso I e outros, ao contrário, entendem pela incidência do inciso II.

Sobre a concorrência na sucessão hereditária do companheiro com filhos híbridos, Amorim e Oliveira, ressaltam:

Enquanto não se pacifica a questão, parece-nos mais adequado ao interpretar o artigo 1790, na hipótese de concorrência do companheiro com

*filhos híbridos, sob o mesmo critério adotado na hipótese de concorrência do cônjuge, regulada no artigo 1832, ou seja, somente atribuir ao companheiro quota igual à dos descendentes quando forem todos comuns; se houver descendentes exclusivos do autor da herança, o companheiro não terá aquele direito à quota inteira, mas sim à metade do que couber a cada herdeiro*⁷⁰.

Diniz apresenta a seguinte opinião, quando o companheiro concorre com descendentes comuns e só do autor da herança.

*Diante desse impasse, ante a lacuna normativa, a solução seria aplicar os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e, no nosso entender, o princípio constitucional da igualdade dos filhos (CF, artigo 227, § 6º), conseqüentemente, pelo bom senso e prudência objetiva dever-se-á considerar, havendo filhos comuns e exclusivos, o vínculo existente apenas entre eles e o de cujus visto que pleiteam a herança por ele deixada. Logo serão todos considerados como filhos exclusivos do falecido, para fins de direito sucessório, tendo o companheiro sobrevivente direito à metade do que couber a cada um deles*⁷¹.

O inciso III do artigo 1790 do Código Civil de 2002 conferiu ao companheiro um terço dos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, quando concorrer com outros parentes sucessíveis. Trata-se de mais uma injustificável discriminação do companheiro em relação ao cônjuge e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Com efeito, neste inciso, o companheiro é preterido inclusive pelos colaterais. Somente não havendo colaterais, recolherá o companheiro a totalidade da herança.

Como os descendentes do falecido já foram mencionados nos incisos I e II, os “outros parentes sucessíveis”, de que cogita o inciso III, são os ascendentes e os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos do *de cujus*).

Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, de modo que, se há irmãos concorrendo com tios, por exemplo, estes serão afastados por aqueles.

⁷⁰ Euclides de Oliveira; Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 176.

⁷¹ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**, 2006, p. 148.

Os colaterais até quarto grau são herdeiros legítimos, mas não são herdeiros necessários. Portanto, o autor da herança pode excluí-los da sucessão, sem limitação alguma, bastando que faça testamento dispondo de seu patrimônio, sem os contemplar.

Destaca Rodrigues:

*A lei não distinguiu, de forma que na concorrência com esses outros parentes sucessíveis, seja um descendente do de cujus, seja um primo ou um tio-avô do falecido, o companheiro receberá a mesma quota: um terço da herança*⁷².

O inciso IV prevê que o companheiro receberá toda a herança, caso não haja parentes sucessíveis. Entenda-se, porém, da herança que ele está autorizado a recolher: bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Rodrigues ao referir-se sobre a sucessão dos companheiros, aponta o seguinte:

*No entanto, ao regular o direito sucessório entre companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, o Código Civil coloca os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo status sucessório dos cônjuges*⁷³.

Diniz explica sobre a desigualdade do companheiro e do cônjuge sobrevivente, no plano sucessório:

Há desigualdade de tratamento sucessório entre o cônjuge e convivente sobrevivo, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendente, se preencher certas condições, ou com ascendente do falecido. O convivente não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser disso em testamento (CC, artigos 1845, 1846 e 1857), pois só tem direito à sua meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. A relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente sobrevivente, não está sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite, ficando em desvantagem. Não

⁷² Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p.118-119.

⁷³ Ibid p.117.

poderia ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, visto que a Constituição Federal a considera como entidade familiar apenas para fins de proteção estatal, por ser um fato cada vez mais freqüente entre nós. Dá-se uma solução humana ao comparar o convivente após o óbito do companheiro, presumindo-se sua colaboração na formação do patrimônio do autor da herança ⁷⁴.

Amorim e Oliveira criticam a concorrência do companheiro sobrevivente com outros parentes sucessíveis, com a seguinte opinião:

Mostra-se favorável ao companheiro o concurso na herança com descendentes e ascendentes do falecido, tal como se reconhece ao cônjuge sobrevivente. Mas não se compreende que o companheiro concorra com os demais parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais até o quarto grau. Trata-se de evidente retrocesso jurídico do sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei nº 8.971/94 o companheiro recebia a herança na falta de descendentes ou ascendentes. Pelo critério do NOVO CÓDIGO CIVIL, o companheiro sobrevivente estará recebendo apenas 1/3 de bens deixados pelo outro, enquanto parentes distantes, como eventualmente um primo do falecido, ficará com a maior parte do patrimônio ⁷⁵.

Andrade Nery e Nery Júnior, ao descreverem sobre a sucessão legítima, apontam sobre a desigualdade de tratamento no campo sucessório entre o(a) companheiro(a) e o cônjuge, nos seguintes termos:

A sucessão legítima do companheiro se dá de forma distinta e mais desvantajosa do que aquela reservada ao cônjuge sobrevivente (Código Civil, artigo 1829, I a III). Na ordem de vocação hereditária o companheiro sobrevivente não prefere nenhum parente sucessível, nem mesmo os colaterais (Código Civil, artigo 1790, III e IV. Situações: a) o companheiro sobrevivente tem filhos comuns com o autor da herança, tem direito de suceder o morto, legitimamente, para receber uma quota equivalente à que foi atribuída ao filho quanto aos bens que o falecido adquiriu onerosamente; b) o companheiro sobrevivente não tem filhos comuns com o autor da herança: tem direito de suceder o morto, legitimamente, para receber uma quota equivalente à metade da que foi atribuída ao filho quanto aos bens que o falecido adquiriu onerosamente; c) o de cujus não deixou descendentes, mas ascendentes ou colaterais: o companheiro sobrevivente tem direito a um terço daquilo que foi adquirido onerosamente pelo falecido; d) o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, na hipótese de o de cujus não ter deixado parentes sucessíveis ⁷⁶.

⁷⁴ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**, 2006, p. 148-149.

⁷⁵ Euclides de Oliveira; Sebastião Amorim. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões**, 2005, p. 176.

⁷⁶ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**, 2005, p. 823-824.

Nada mais se contempla em favor do companheiro além desse discutível e limitado direito de herança, uma vez que perde o direito de usufruto, não mais previsto no ordenamento, bem como o direito de habitação.

4. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A entidade familiar sempre mereceu relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Evidencia-se que a concepção de família partia-se do pressuposto de que sua constituição somente se efetivava pelo casamento civil.

Rendendo-se à evolução das relações humanas, assentada em larga jurisprudência das Cortes Superiores, a Carta Política de 1988 alterou a concepção de família, consagrando também como tal a união estável entre o homem e a mulher, entidade que, neste sentido, merece, como base da sociedade, especial proteção do Estado.

4.1. Direitos Sucessórios dos Cônjuges

O Código Civil de 1916 tratou o cônjuge em terceiro lugar, na ordem de vocação hereditária. Consagrou aí um avanço em relação ao direito anterior, que tratava o cônjuge em quarto lugar na ordem, após os colaterais, sendo que estes herdavam até o décimo grau.

Nos termos do artigo 1611 do Código Civil de 1916, o cônjuge só teria a condição de herdeiro se ao tempo da morte do outro não estivesse dissolvida a sociedade conjugal da qual participara.

A lei exigia, para afastar o cônjuge da sucessão, estivesse o casal desquitado ou divorciado. Assim, a despeito de separados de fato, cada qual vivendo em concubinato com terceiro, a mulher herdaria do marido e este dela se morresse sem testamento e sem deixar herdeiros necessários.

O novo Código Civil tornou o cônjuge herdeiro legítimo. Significa dizer que, além do direito de meação que lhe cabe por força da dissolução do vínculo conjugal em razão da morte, o cônjuge sobrevivente também vai participar da legítima, em concorrência com

descendentes, respeitadas algumas condições e em concorrência com os ascendentes, desta vez sem nenhuma condição.

A primeira alteração importante no Novo Código foi a colocação do cônjuge como herdeiro também nas duas classes preferenciais, em concorrência, portanto, com os descendentes e os ascendentes, é com efeito, o que dispõe o artigo 1829, *in verbis*:

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;

IV - aos colaterais

A primeira classe a ser chamada à sucessão será a dos descendentes do *de cujus*, em concorrência com o cônjuge supérstite que satisfaça as exigências relativas ao regime matrimonial de bens.

A sucessão que se resolva na vocação da primeira classe, isto é, a dos descendentes, verá o acervo hereditário ser dividido em tantas partes quanto forem os sucessíveis desta classe, mais uma parte atribuível ao cônjuge supérstite. Essa regra aplica-se a todos os herdeiros de primeira classe que recebam por direito próprio (filhos, netos ou bisnetos) ou que recebam por força do direito de representação (por estirpe), concorrendo com os sucessíveis de grau imediatamente anterior.

Todavia, se a quota-parte cabível ao cônjuge sobrevivente for menor do que a quarta parte do monte-mor, e se todos os chamados a suceder forem também seus descendentes, a lei lhe reserva esse montante, que será então descontado do acervo hereditário, repartindo-se os outros setenta e cinco por cento entre os descendentes que com este concorrem à sucessão.

Ao tratarmos do artigo 1829, inciso I, do Código Civil, torna-se necessário esclarecer alguns pontos, tendo em vista que o legislador impôs algumas regras para a sucessão do cônjuge, que nem sempre concorrerá com os descendentes.

Se o regime de bens do casamento do cônjuge com o falecido era o da comunhão universal de bens, aquele não participará da legítima, recebendo apenas a sua meação - ressalte-se que o direito de meação é matéria do direito de família - no entanto, é importante destacá-lo aqui tendo em vista que a causa da meação é a mesma causa da herança, ou seja, a morte do titular dos direitos. A exclusão do cônjuge casado no regime de comunhão universal se dá por uma causa simples. Ele já receberá metade de todos os bens. Seria no mínimo injusto deixá-lo voltar a suceder nestes mesmos bens, concorrendo com os filhos na metade que caberia ao *de cujus*.

Sobre o regime da comunhão universal, Andrade Nery e Nery Júnior, descrevem:

*Não se aplica ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, a regra geral sobre a sucessão legítima do cônjuge (Código Civil 1830 e 1845), mas sim a exceção do Código Civil 1829, I. Isto porque o cônjuge sobrevivente, que fora casado com o de cujus sob o regime da comunhão universal de bens, foi expressamente excluído, apenas no caso do Código Civil 1829 I, da condição de herdeiro que concorre com os descendentes. Nessa hipótese – concorrência com descendentes- sua participação no patrimônio comum será a título de cônjuge-meeiro, mas não de herdeiro. Portanto havendo herdeiros descendentes, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão de bens não é herdeiro necessário. No caso de haver apenas herdeiro ascendente, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão universal é herdeiro em concorrência com os mesmos ascendentes do de cujus*⁷⁷.

No tocante ao regime da separação obrigatória, ou seja, o regime que disciplina o casamento daquelas pessoas: a) que contraíram casamento com inobservância de causas suspensivas; b) maiores de sessenta anos; e c) daqueles que dependerem, para casar, de suprimento judicial; o cônjuge sobrevivente nada receberá. Tal disposição legal justifica-se pelo fato de que o legislador quis impor o regime da incomunicabilidade dos bens aos casos citados.

Em relação ao regime da separação obrigatória, Andrade Nery e Nery Júnior, destacam:

Não se aplica ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação obrigatória, a regra geral sobre sucessão legítima do cônjuge (Código Civil

⁷⁷ Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado**, 2005, p. 843.

1830 e 1845), mas sim a exceção do Código Civil 1829, I. Havendo herdeiros descendentes, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação obrigatória de bens não é herdeiro necessário. No caso de haver apenas herdeiro ascendente, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação obrigatória é herdeiro em concorrência com os mesmos ascendentes do de cujus (Código Civil 1829, II)⁷⁸.

O cônjuge sobrevivente apenas participará da legítima quando o regime de bens era o da comunhão parcial e quando tenha o falecido deixado bens particulares. Se não existem bens particulares, então só existem bens comuns. Existindo apenas bens comuns, o cônjuge já receberá metade desses bens, de modo que, a mesma causa que justificou a exclusão do cônjuge casado no regime de comunhão universal justifica a exclusão neste caso. Se o cônjuge já receberá metade de todos os bens, é medida de justiça não deixá-lo concorrer com os filhos na outra metade destes mesmos bens.

Ao regime da comunhão parcial, Andrade Nery e Nery Júnior, ao se referirem sobre a regra do artigo 1829, I, do Código Civil, dispõe o seguinte:

A regra do Código Civil 1829, I, se aplica ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial, se o morto tiver deixado bens particulares (CC 1659 e 1661). Ou seja, havendo descendentes, sendo o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial e tendo o morto deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes do falecido. No caso de haver apenas herdeiro ascendente, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial é herdeiro em concorrência com os mesmos ascendentes do de cujus (Código Civil 1829, II)⁷⁹.

A concorrência do cônjuge com os descendentes do *de cujus* vai depender do regime de bens do casamento.

Os ascendentes ocupam a segunda classe dos sucessíveis. Na falta de descendentes é que são chamados à sucessão, porém, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

⁷⁸ Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado**, 2005, p. 843.

⁷⁹ *Ibid*, mesma página.

Tratando-se de concorrência com os ascendentes, o Código Civil em vigor não apresenta limitação alguma. Qualquer que tenha sido o regime matrimonial de bens, o cônjuge concorrerá com os ascendentes do falecido.

Inexistindo herdeiros sucessíveis descendentes, será chamada a classe dos ascendentes, seguindo-se igualmente os graus de parentesco: em primeiro lugar os pais (1º grau); depois os avós paternos e maternos (2º grau); a seguir, os bisavós paternos e maternos (3º grau).

A priori, há de se notar que a classe dos ascendentes possui duplicidade de linhas, a paterna e a materna, as quais receberão o quinhão hereditário, em partes iguais.

Ao explicar sobre a sucessão do cônjuge, em concorrência com os ascendentes, Lima dispõe:

Na inexistência de descendentes, sucederão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, independente do regime de casamento deste⁸⁰.

Concorrendo com a classe dos ascendentes, em primeiro grau, o cônjuge receberá um terço (1/3) da herança. Exemplo: numa herança de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pertencerão ao cônjuge, sendo o restante repartido entre os ascendentes⁸¹.

No entanto, se houver só um herdeiro ascendente em primeiro grau ou se maior for o grau, o cônjuge receberá a metade. Exemplo: numa herança de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) serão destinados ao cônjuge e o restante ao ascendente sobrevivente (pai ou mãe). Da mesma forma, aplica-se o exemplo aos avós ou bisavós e outros⁸².

Reza o artigo 1838 do Código Civil, *in verbis*: em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

⁸⁰ Bianor Ferreira de Lima. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2005, p. 45.

⁸¹ Ibid, mesma página.

⁸² Ibid, mesma página.

Nesse caso, será o herdeiro necessário, único e universal, desde que preenchidos os requisitos do artigo 1830.

Importante destacar o que dispõe o artigo 1830 do Código Civil, *in verbis*:

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 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Ao comentar sobre o artigo acima, Rodrigues ensina que:

A primeira parte do artigo 1830 segue o que já constava no artigo 1611 do Código Civil de 1916. Realmente, se o casal está separado judicialmente, se, ao tempo da morte do outro, já se encontrava dissolvida a sociedade conjugal, não há razão para que o cônjuge sobrevivente seja chamado à sucessão legítima. Com maior razão, se o casal estava divorciado, quer se trate de divórcio por conversão ou divórcio direito, pois, sendo assim, não só a sociedade conjugal se encontra dissolvida, como extinto o próprio vínculo matrimonial⁸³.

A segunda parte do artigo 1830 representa uma inovação, afastando o cônjuge da sucessão se, na época em que o outro faleceu, o casal estava separado de fato há mais de dois anos. Aplaudo esta solução, mas registro o detalhe interessante de ser uma reintrodução, em nosso direito, do que prescreviam as Ordenações Filipinas⁸⁴.

Na lição de Andrade Nery e Nery Júnior:

Antigamente, o Código Civil de 1916, 1611 caput, previa a sucessão do cônjuge sobrevivente na ausência de descendentes ou ascendentes sucessíveis. Mas já previa aquele artigo a necessidade da sociedade conjugal não estar dissolvida para que o cônjuge sobrevivente pudesse suceder o de cujus. O Código Civil, artigo 1830 realça a qualidade do cônjuge como herdeiro necessário, mas aponta a necessidade, para fins de prova da qualidade de herdeiro, que o cônjuge sobrevivente não esteja separado judicialmente, nem de fato, há mais de dois anos antes da morte do de cujus, ou, ainda, que se prove que a separação se deu por impossibilidade de convivência, sem culpa do cônjuge sobrevivente. Antes, a separação de fato ou mesmo a separação de corpos não afastava a sucessão

⁸³ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito das Sucessões**, 2003, p. 115.

⁸⁴ *Ibid*, mesma página.

*do outro cônjuge se outro morresse ab intestato e sem deixar herdeiros necessários*⁸⁵.

Sobre a sucessão do cônjuge, Diniz enuncia:

*Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, caso em que será o herdeiro necessário, único e universal, desde que preenchidos os requisitos legais gerais do art. 1830. Visa-se com isso, a proteção do consorte supérstite, que, ao tempo da morte do outro, não estava separado judicialmente nem separado de fato há mais de dois anos, contados da abertura da sucessão, exceto prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente*⁸⁶.

Caso não haja herdeiros necessários, são chamados à sucessão os colaterais, até o quarto grau. São colaterais os parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, provenientes de um só tronco, sem descenderem um do outro. A contagem dos graus de parentesco colateral se faz subindo de um dos parentes até o ascendente comum e descendo até encontrar o outro parente. São parentes com direito à sucessão os colaterais de segundo grau (irmãos), de terceiro grau (sobrinhos e tios) e de quarto grau (primos ou primos-irmãos).

Em relação aos colaterais de segundo grau, deve-se notar a distinção legal entre irmãos bilaterais ou germanos e irmãos unilaterais. Se à herança concorrerem somente irmãos bilaterais, cada um receberá por direito próprio e por cabeça; se apenas os unilaterais, igualmente todos herdam em partes iguais, mas, se forem chamados, ao mesmo tempo, bilaterais e unilaterais, estes receberão tão-somente a metade do que receber cada um daqueles.

Quando nenhum dos parentes sucessíveis existir, ou se todos eles tiverem renunciado à herança, será a mesma deferida ao Poder Público, segundo a determinação do artigo 1844 do atual Código Civil, *in verbis*:

Não existindo 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 localizado em território federal.

⁸⁵ Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado**, 2005, p. 844.

⁸⁶ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2006, p. 119.

O Código Civil de 2002 assegurou ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação, independente do regime de bens, conforme a regra do artigo 1831, *in verbis*:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lha 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.

Sobre o direito de habitação, Andrade Nery e Nery Júnior explicam:

O sistema protege o cônjuge sobrevivente, garantindo-lhe direito de habitação no único imóvel que compõe a herança e sirva de residência para a família. O que se pretende é evitar que eventual partilha dos bens possa privar o sobrevivente de morar com a mesma dignidade de que desfrutava durante a constância da sociedade conjugal. A tutela legal tem a finalidade de evitar o desamparo do cônjuge supérstite⁸⁷.

4.2. Análise Comparativa entre a Sucessão dos Cônjuges e dos Companheiros

O Código Civil de 2002 colocou os partícipes da união estável na sucessão hereditária numa posição de extrema inferioridade, comparada com o direito sucessório dos cônjuges.

Os direitos a sucessão dos companheiros vem regulada no artigo 1790 do Código Civil de 2002.

Esse dispositivo foi alvo de muitas críticas, uma vez que se localiza no capítulo denominado “Disposições Gerais”, do título “Da sucessão em geral”, e não no capítulo que trata da ordem de vocação hereditária.

⁸⁷ Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado**, 2005, p. 845.

Em primeiro lugar, a sucessão do companheiro (a) limita-se aos bens adquiridos na vigência da união estável. Assim, os bens particulares que foram adquiridos antes da união, ou mesmo os adquiridos a título gratuito, por doação ou sucessão, não fazem parte da herança e pertencerão aos descendentes, ascendentes ou colaterais, mas não ao companheiro do falecido.

Nesse sentido, com relação ao cônjuge, nada se alterou, o cônjuge já era herdeiro (artigo 1611 do Código Civil de 1916) e continua sendo herdeiro (art. 1829 do Código Civil de 2002) com relação à totalidade dos bens do falecido, não se distinguindo se os bens são anteriores ou posteriores ao casamento, nem o título de sua aquisição. O regime de bens apenas influencia a concorrência com os descendentes, mas não o fato de o cônjuge ser herdeiro dos bens.

Com relação ao cônjuge, o problema de concorrência com os colaterais não se verifica. Isso porque, assim como o artigo 1603, III do Código Civil de 1916, o art. 1829, III, do atual diploma determina ser o cônjuge o terceiro na vocação hereditária. Portanto, se o falecido não deixou descendentes, nem ascendentes, todos os bens serão herdados pelo cônjuge do falecido, qualquer que seja o regime de bens.

Por sua vez, o companheiro(a) concorrerá com colaterais de até quarto grau, sendo-lhe conferido apenas 1/3 da herança, e só herdará a totalidade da herança se inexistirem parentes sucessíveis.

O cônjuge sobrevivente, além da possibilidade de concorrer com os descendentes e ascendentes, foi elevado à condição de herdeiro necessário. Com relação à união estável, o companheiro continua sendo herdeiro facultativo, pode ser afastado da sucessão por simples testamento, não havendo necessidade de justificar sua exclusão.

Vale ressaltar que o Código Civil de 2002 não previu o direito real de habitação ao companheiro(a), antes admitido pela Lei nº 9.278/96.

A comparação entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro(a) mostra sensíveis vantagens ao cônjuge, por cuidar-se de herdeiro necessário, como por receber quantia superior ao companheiro, nos percentuais de quotas em concorrência com os

descendentes. Além disso, o cônjuge participa da herança sobre os bens particulares do falecido, enquanto o companheiro só tem direito hereditário sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência.

Em razão do princípio da igualdade de tratamento dos partícipes que formam a entidade familiar, os direitos sucessórios dos companheiros poderiam ter sido equiparados aos dos cônjuges, uma vez que a união estável é reconhecida pelo Estado como entidade familiar equiparada à família matrimonializada.

É certo afirmar que o ordenamento civil não atendeu aos princípios constitucionais ao estabelecer regras diferenciadas em relação aos direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros.

Necessário se faz a conscientização de que o novo Código é ultrapassado e apresenta retrocesso ao tratar do direito sucessório do companheiro. Assim, nesse sentido, faz-se necessária a atualização da vigente lei.

Conclusão

Entende-se por concubinato a união ilegítima do homem e da mulher que mantem um relacionamento sem serem casados.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, os tribunais pátrios já asseguravam à concubina alguns direitos, tais como o de ser indenizada pelos serviços domésticos prestados, desde que restasse comprovada essa prestação.

As restrições existentes no Código Civil passaram a ser aplicadas somente aos casos de concubinato adúlterino, em que o homem vivia com a esposa e concomitantemente mantinha concubina.

A primeira regulamentação da união estável adveio com a Lei 8.971/94, cujos requisitos para a sua configuração são a união comprovada de homem e mulher solteiros, que estejam separados judicialmente ou viúvos, por mais de cinco anos (salvo havendo prole, em que o prazo pode ser menor).

Sobreveio mudança conceptual com a Lei 9.278/96, emitindo os requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e prole.

O Novo Código Civil incluiu um título próprio que disciplina o instituto da união estável, artigos 1723 a 1727.

Tratando-se de efeitos patrimoniais o referido diploma legal determina a aplicação, no que couber, do regime da comunhão parcial de bens, como se casados fossem, salvo contrato escrito entre os companheiros.

Para a configuração da união estável, podemos sintetizar os seguintes requisitos: convivência *more uxório*; *affectio maritalis*- ânimo ou objetivo de constituir família; diversidade de sexos; notoriedade; estabilidade ou duração prolongada; continuidade; inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica.

Significa que os conviventes devem manter vida em comum, com a intenção, o firme propósito de constituir uma família; deve haver diversidade de sexos; a convivência deve ser notória, os companheiros deverão tratar-se como marido e mulher; o relacionamento dos companheiros deve ser duradouro, estendendo-se no tempo; a união deve ser contínua, sem interrupções ou afastamentos temporários; não podem ocorrer os impedimentos do artigo 1521 e o vínculo entre os companheiros deve ser único, em face do caráter monogâmico da relação.

O artigo 1724 do Código Civil de 2002 regula as relações pessoais entre os companheiros, que são os deveres de lealdade, respeito e assistência; e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Os direitos fundamentais dos companheiros, no plano material, são os concernentes a alimentos, meação e herança.

Sucessão, em sentido jurídico, significa a transmissão de direitos e obrigações da pessoa que morreu a seus sucessores. A sucessão pode ser a título universal, quando transfere a totalidade do patrimônio ou uma cota parte dele, ou a título singular, quando o testador se dispõe a transferir ao beneficiário um bem determinado.

As espécies de sucessão são a legítima e a testamentária. Legítima é a sucessão procedida de acordo com a lei e deferida às pessoas nela definidas. Testamentária se dá quando a pessoa morre e deixa testamento.

Para os efeitos legais, a sucessão é tida como imóvel.

Nossa lei estabelece o princípio da indivisibilidade da herança até a partilha, porque os co-herdeiros, no período da indivisão, se encontram num regime de condomínio forçado, em que cada um possui uma parte ideal da herança.

Com a morte do autor da herança, a posse e a propriedade dos bens que a compõem transmite-se desde logo aos herdeiros.

A abertura da sucessão no último domicílio do *de cujus* é a regra consignada no artigo 1785 do Código Civil. Na falta de domicílio certo, será competente o foro da situação dos bens ou do lugar do óbito, se situados bens em lugares diversos.

Antes da regulamentação da união estável o companheiro não tinha direito à herança, sendo reconhecido apenas ao cônjuge o direito de recebê-la. Com o advento da lei 8.971/94 reconheceu-se o direito sucessório aos companheiros, constituindo o usufruto, previsto no artigo 2º.

A lei 9.278/96, nada refere sobre o direito de usufruto ou de herança, prevendo mais um direito sucessório ao companheiro sobrevivente, o direito real de habitação.

O Código Civil de 2002 não reconheceu o direito de usufruto e de habitação aos companheiros (as).

Modificou-se substancialmente a situação do companheiro sobrevivente, que passa a concorrer apenas sobre os bens havidos onerosamente durante a vida em comum com o falecido parceiro.

Os critérios de participação do companheiro na herança estão previstos no artigo 1790 do Código Civil de 2002.

Sobre a regra do inciso I, do referido artigo, extrai-se que o companheiro supérstite, quando existir somente filhos comuns, fará jus a uma quota a que, legalmente, for atribuída a estes filhos.

Pela disposição do inciso II, se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocará ao (a) companheiro (a) a metade do que couber a cada um daqueles.

O inciso III conferiu aos conviventes um terço dos bens, quando concorrer com outros parentes sucessíveis, colaterais.

Prevê o inciso IV que o companheiro receberá toda a herança, caso não haja parentes sucessíveis.

Em relação aos direitos sucessórios dos cônjuges, a primeira alteração no Código Civil em vigor foi a colocação do cônjuge como herdeiro nas duas classes preferências, em concorrência, portanto, com os descendentes e os ascendentes.

Conforme a regra do artigo 1829, a primeira classe a ser chamada à sucessão será a dos descendentes do falecido, em concorrência com o cônjuge supérstite que satisfaça as exigências relativas ao regime matrimonial de bens.

Se o regime de bens do casamento do cônjuge com o *de cujus* era o da comunhão universal de bens, aquele não participará da legítima, recebendo apenas a sua meação.

No tocante ao regime da separação obrigatória, o cônjuge sobrevivente nada herdará.

O cônjuge sobrevivente apenas participará da legítima quando o regime de bens era o da comunhão parcial e quando tenha o falecido deixado bens particulares.

Os ascendentes ocupam a segunda classe dos sucessíveis. Na falta de descendentes é que são chamados à sucessão, porém, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Tratando-se de concorrência com os ascendentes, o Código Civil em vigor não apresenta limitação alguma.

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

Caso não haja herdeiros necessários, são chamados à sucessão os colaterais, até o quarto grau.

Quando nenhum dos parentes sucessíveis existir, ou se todos eles tiverem renunciado à herança, será a mesma deferida ao Poder Público.

O Código Civil vigente assegurou ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação, independente do regime de bens.

Em relação aos direitos sucessórios, o Novo Código Civil tratou os cônjuges e os companheiros de forma diferenciada, onde os partícipes da união estável estão numa posição de extrema inferioridade.

Percebemos que há desigualdade de tratamento, no plano sucessório, entre os cônjuges e os companheiros.

Em primeiro lugar, a sucessão do companheiro(a) limita-se aos bens adquiridos na vigência da união estável. Com relação ao cônjuge nada se alterou, continua sendo herdeiro em relação à totalidade dos bens do falecido.

O problema da concorrência com os colaterais não se verifica em relação ao cônjuge, já o companheiro concorrerá com colaterais de até quarto grau e só herdará a totalidade da herança se inexistirem parentes sucessíveis.

O cônjuge sobrevivente foi elevado a condição de herdeiro necessário. O companheiro continua sendo herdeiro facultativo, podendo ser afastado da sucessão por simples testamento, não havendo necessidade de justificar sua exclusão.

Vale ressaltar que o Código Civil de 2002 não previu o direito real de habitação ao companheiro(a).

Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, assegurando igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventário e Partilha. Direito das Sucessões. Teoria e Prática.** 18. ed. revista e atualizada. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões.** 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família,** São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7.

LIMA, Bianor Ferreira de. **Direito Civil. Direito das Sucessões,** 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Goiânia: AB, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Direito das Sucessões,** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família.** São Paulo: Atlas, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito das Sucessões.** São Paulo: Atlas, 2001.

CÓDIGOS

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Vade Mecum/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes, 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

CARVALHO NETO, Inácio de. **A Sucessão do Companheiro e do Cônjuge no Novo Código Civil,** disponível em w.w.w.câmara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc/2002/arti-inácio.pdf, acesso em 31/07/2007.

OLIVEIRA, Ana Paula Ribeiro Rocha de. **A Sucessão na União Estável**, disponível em [http:// w.w.w.planalto.gov.br/ccivil-03/revista/Rev-60/Artigos/Art-AnaPaula.htm](http://w.w.w.planalto.gov.br/ccivil-03/revista/Rev-60/Artigos/Art-AnaPaula.htm), acesso em 27/06/2007.

OLIVEIRA, Euclides de. **Sucessão Legítima à Luz do Novo Código Civil**, disponível em <http://w.w.w.cjf.gov.br/revista/numero27/artigo07.pdf>, acesso em 03/08/2007.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A Sucessão dos Companheiros no Novo Código Civil**, disponível em <http://w.w.w.iejusca.org.br/biblio/sucessao2.htm>, acesso em 27/06/2007.

SIMÃO, José Fernando. **Artigo de José Fernando Simão. Sucessão do Companheiro: Decisões Surpreendentes**, disponível em <http://w.w.w.pofessorflaviotartuce.blogspot.com/2007/09/artigo-de-jos-fernando-simo-sucesso.do.html>, acesso em 26/10/2007.

SIMÃO, José Fernando Simão. **A Sucessão Legítima no Novo Código Civil- Parte III**, disponível em <http://w.w.w.professorsimao.com.br/artigos-simao-a-sucessao-legitima-03.htm>, acesso em 07/05/2007.

DICIONÁRIOS JURÍDICOS- ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

w.w.w.direitonet.com.br, acesso em 30/10/2007

w.w.w.aba.adv.br, acesso em 30/10/2007.