

União Estável: Direitos Sucessórios dos Companheiros no Código Civil

Jacqueline Paiva da Silva¹

Jorge Batista Calado Filho²

Jorge Maia³

Resumo: Com o advento do Código Civil de 2002 os direitos sucessórios dos companheiros sofreram várias transformações. Na realidade, o referido diploma trouxe, para a matéria em questão, inovações e retrocessos. Alguns pontos que restavam pacíficos na doutrina e na jurisprudência ganharam novas discussões, outros se consolidaram e muitos outros ficaram adstritos à discricionariedade dos operadores do Direito, demonstrando, assim, toda a omissão e todo o descaso do legislador ao tratar deste tema. Dessa forma, no presente artigo, busca-se colocar o companheiro sobrevivente no seu real *status*, qual seja, o de herdeiro necessário, assim como garantir seus direitos sucessórios.

Palavras-chave: Direitos sucessórios. Sucessão. União estável. Companheiro supérstite. *De cuius*.

¹ Graduada em Administração pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Pós-Graduada em MBA em Gestão de Recursos Humanos pela Faculdade de Tecnologia Internacional (FATEC). Graduada em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciência (FTC). E-mail: jacpaivinha@yahoo.com.br

² Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Pós-Graduado em Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). E-mail: juscalado@yahoo.com.br

³ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Doutorando em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade do Museu Social Argentino. Professor Titular no Bacharelado em Direito da UESB. E-mail: maiajorge@yahoo.com.br

Abstract: With the Civil Code of 2002 the successory rights of the companions suffered many changes. In the reality this Code brought, to this, innovations and retrocessions at the same time. Some points that has no doubts in case law and doctrine won news discursions, others has no doubts and many others was conditional to the free will of the bachelor of laws, showing, like this, all the omission and all the indifference of the legislator when it take care of this subject. Therefore, with this article is tried to put the survivor companion in it real status, the heir necessary as well as to guarantee their rights successory.

Keywords: Successory rights. Succession. Steady union. Survivor companion. Decedent.

Introdução

A legislação pátria precedente praticamente ignorava a chamada família ilegítima, na realidade, a tratava com verdadeiro descaso, chegando a ser, em certo ponto, hostil quanto às famílias extramatrimoniais. As poucas menções que eram feitas aos concubinos, nada mais eram do que uma verdadeira preocupação com a família legítima, ou seja, com aquela família constituída por meio do casamento, pouco importando, dessa forma, a situação de fato em que se encontravam aqueles que não tinham contraído o enlace matrimonial.

Com o passar dos anos, mais precisamente a partir da segunda metade do século XX, a figura do casamento ilegítimo tornou-se cada vez mais frequente em nosso país e, conseqüentemente, trouxe consigo a necessidade de tutela por parte do Estado para, assim, solucionar prováveis conflitos emergentes durante e principalmente após o término da relação, bem como para um efetivo amparo e reconhecimento de direitos de ambos os concubinos.

Desse modo, a legislação nacional subsequente optou por adotar o termo união estável ao invés de concubinato para caracterizar as relações públicas, duradouras e contínuas entre homem e mulher que pretendiam manter um vínculo afetivo, como se casados fossem. Para isso, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu

o concubinato puro ou não adúlterino e nem incestuoso, ou seja, a união estável, como uma das formas de instituição da família brasileira, dando margem ao legislativo infraconstitucional para buscar uma normatização específica da matéria.

Assim, a união estável passou a ganhar verdadeiro *status* de entidade familiar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com as Leis nº 8.971/94 – que dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e nº 9.278/96 – que regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, posteriormente, com o Código Civil de 2002.

No entanto, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, que versavam sobre os direitos dos companheiros, acabaram sendo desvalorizadas, inviabilizando tudo aquilo que o legislador pensou em resolver de forma mais justa para os companheiros e seus familiares.

Com a reforma da legislação e com os diversos diplomas que tratam desta matéria, passou a união estável a ser entendida como a “relação entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1.723 do Código Civil de 2002). Buscou-se, portanto, uma equiparação entre a união estável e o casamento, uma vez que todas as questões de Direito existentes nos dois institutos, são amparadas pela nova legislação de maneira similar, podendo até a união estável ser convertida em casamento, mediante requerimento dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil nos termos estatuídos no art. 1.726 do Código Civil.

Essa equiparação se evidencia principalmente no que concerne aos direitos sucessórios, onde os companheiros têm tratamento semelhante ao dado aos cônjuges, uma vez que houve uma evolução no sentido de conferir-lhes propriedade sobre os bens transmitidos, e não apenas direitos reais limitados (usufruto e habitação) que lhes eram reconhecidos pela legislação precedente, além da possibilidade de participação na sucessão do companheiro falecido concorrendo com descendentes, ascendentes e colaterais, quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. Vale lembrar que,

nos casos de constituição de patrimônio comum entre companheiros, o sobrevivente também terá direito à meação, sem prejuízo de sua participação na herança.

Em compensação, o Código Civil de 2002, contrariando o sistema da legislação anterior, situou os companheiros em posição inferior na ordem da vocação hereditária, ou seja, na ausência de descendentes e ascendentes, e a partir da vigência do novo diploma, o companheiro passou a ser chamado em concorrência com outros parentes sucessíveis, e não mais na qualidade de herdeiro único. Outro fato importante é aquele que ocorre quando o companheiro supérstite concorre com descendentes comuns e não comuns concomitantemente, pois, até mesmo o diploma legal mais recente (Código Civil de 2002), não disciplina nem tampouco cita tal possibilidade.

Ademais, houve uma restrição quanto aos bens passíveis de sucessão pelo companheiro, que serão compostos apenas por aqueles bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável. Assim sendo, caso não haja formação de patrimônio comum durante a vigência da união, ficará o companheiro sobrevivente sem direitos quanto à meação e à sucessão.

Percebe-se, portanto, que o diploma legal trouxe concomitantemente benefícios e prejuízos no que se refere aos direitos sucessórios dos companheiros. Em alguns aspectos inovou, em outros regrediu e em outros até mesmo foi omissivo. Assim, nota-se a amplitude do tema e a provável polêmica em torno dele, uma vez que adentra em um dos principais fomentadores de litígio, que é o caráter patrimonial das relações, mesmo que sejam estas relações afetivas.

Direitos sucessórios dos companheiros no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 regula de maneira satisfatória a união estável, pois indica os elementos que a caracterizam, os impedimentos quanto à sua constituição, os deveres, os direitos e as obrigações dos companheiros, bem como o regime das relações patrimoniais entre eles (arts. 1.723 a 1.727). Contudo, o atual Código Civil ao tratar dos direitos

sucessórios decorrentes da união estável, o faz de maneira simplória, pois toda a matéria pertinente à vocação hereditária dos companheiros se acha regulada apenas no artigo 1.790 do mesmo diploma. Assim, pecou o legislador ao dar ínfima importância à união estável, mais precisamente ao caráter patrimonial deste instituto, pois encontra-se este cada vez mais frequente e aceito perante a sociedade.

Neste sentido, tem-se a opinião de Rodrigues (2004b, p. 117):

Pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 tratou satisfatoriamente do assunto, aproveitando as conquistas e os avanços já incorporados ao nosso direito positivo, prevendo outras situações, aproveitando as lições da doutrina e jurisprudência. 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 de 2002 coloca os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo *status* sucessório dos cônjuges.

Assim, a primeira crítica que se faz ao diploma, mais precisamente ao artigo, é a de que ele se encontra no capítulo das “Disposições Gerais”, sendo que lá não poderia estar, pois não se trata de disposições gerais, mas sim de ordem da vocação hereditária.

Tal afirmativa se comprova, pois o referido Código ao escalonar a ordem de vocação hereditária, o faz de forma a situar o companheiro sobrevivente numa posição inferior, principalmente se esta situação for comparada com o atual *status* dos cônjuges, no que se refere também à vocação hereditária. Dessa forma, regredindo ao quanto disposto no sistema anterior (Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96), o companheiro supérstite só fará *jus* à totalidade da herança, caso não haja descendentes, ascendentes e quaisquer outros parentes sucessíveis, além do que, somente os bens adquiridos na constância da união estável e a título oneroso, é que formarão o patrimônio passível de sucessão, em nada importando o regime patrimonial, se comunhão parcial ou outra previsão contratual.

Diante dessa seara, opina Diniz (2005, p. 146):

Há desigualdade de tratamento sucessório entre cônjuge e companheiro sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendentes, 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, (Código Civil de 2002, arts. 1.845, 1.846 e 1.857), 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 sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite, ficando em desvantagem. Não poderia ter tratamento privilegiado, porque a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, visto que a Constituição da República 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 amparar o convivente após o óbito do companheiro, presumindo-se sua colaboração na formação do patrimônio do autor da herança.

Por causa de descuidos como esses, a pretensa equiparação entre a união estável e o casamento, no tocante à sucessão, restou prejudicada. Não há o que se negar sobre a evolução do instituto da união estável, entretanto, exclusivamente quanto à vocação hereditária, com o advento do Código Civil de 2002, percebeu-se que o legislador hesitou em classificar de forma explícita o companheiro supérstite como herdeiro, bem como em tratar de maneira digna a matéria em questão.

Inovações e retrocessos dos direitos sucessórios do companheiros

A partir da Constituição Federal de 1988 e das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, não poderia o Código Civil de 2002 deixar de estabelecer regras relativas à união estável, e, nesse contexto, trouxe inovações e retrocessos ao mesmo tempo. Uma inovação bastante interessante foi a da possibilidade de caracterização de união estável se um ou ambos

os companheiros forem casados, mas separados de fato. Tal previsão expressa no art. 1.723, § 1º, do Código Civil é de suma importância para configurar os direitos relativos à sucessão, pois se não se configurar a união estável, verificado qualquer um dos impedimentos legais do art. 1.521 do Código Civil, não há o que se falar em sucessão de companheiros.

Outra das poucas inovações pode ser observada no que diz respeito aos bens transmitidos, pois passou o companheiro supérstite a ter direito de propriedade e não apenas direitos reais limitados, como o usufruto e a habitação. Contudo, o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência familiar, que a legislação anterior conferia ao companheiro remanescente, não foi mencionado no Código Civil de 2002, mostrando-se, na realidade, um recuo significativo nos direitos dos companheiros. Também, relativamente aos bens transmitidos, caso durante a vigência da união não seja formado patrimônio comum e a título oneroso, não terá o companheiro sobrevivente direito à meação, muito menos de participar da sucessão do *de cuius*, tendo, assim, frustrado seu direito.

Aborda este assunto, o professor Gama (2001, p. 538), para quem:

O correto seria cuidar, em igualdade de condições às pessoas dos cônjuges, da sucessão em favor dos companheiros. Tal conclusão decorre da constatação de que, desde o advento das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, os companheiros e os cônjuges passaram a receber igual tratamento em matéria de Direito das Sucessões: ora como sucessores na propriedade, ora como titulares de usufruto legal, ora como titulares de direito real de habitação. Desse modo, considerando que, por força de normas infraconstitucionais, desde 1996 existe tratamento igual na sucessão entre cônjuges e na sucessão entre companheiros, deveria ter sido mantido tal tratamento para dar efetividade ao comando constitucional contido no art. 226, caput, da Constituição da República de 1988.

Percebe-se que inúmeras dificuldades ficaram adstritas aos companheiros, caso venham a pleitear direitos sucessórios. Nítido

descaso ocorre em obrigar o companheiro, que as vezes dedicou sua vida, seu esforço em prol daquela relação afetiva, a concorrer com outros parentes sucessíveis, parentes esses que não colaboraram, de qualquer forma, para aquisição, manutenção e até mesmo ampliação do patrimônio em questão.

Corroborando com o quanto disposto, tem-se a interpretação de Santos (2000, p. 125):

Para evitar tal situação de flagrante injustiça, creio que a interpretação deverá aproveitar-se de uma antinomia do dispositivo em exame. Ocorre que, enquanto o *caput* do artigo 1.790 diz que o companheiro terá direito de herdar apenas os bens adquiridos no curso do relacionamento, o seu inciso IV dispõe que, não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Ora, a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no *caput*. Evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva, que objetive fazer acima de tudo justiça, pode extrair daí a solução que evite a injustiça e o absurdo de deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo. Portanto, não havendo outros herdeiros, o companheiro, por força do claro comando do inciso IV, deverá receber não apenas os bens havidos na constância da relação, mas a totalidade da herança.

Entretanto, tem-se autores que, mesmo com a possibilidade de desamparo total ao companheiro supérstite, vislumbram pontos positivos, a exemplo de Rodrigues (2004b, p. 117):

Que nem tudo é desfavorável ao companheiro, se comparado ao cônjuge. Incompreensivelmente, o legislador, dando asas ao tratamento desigual, acabou por colocar muito acima os direitos dos companheiros quando determinou que concorram na herança com descendentes, sejam estes comuns ou não comuns, e outros parentes sucessíveis, na sucessão do outro, 'sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável'. A disposição, constante do *caput* do citado art. 1.790, choca-se com o disposto no art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, que resguarda ao cônjuge sobrevivente o direito de

concorrer na herança com descendentes em condições restritas a determinados regimes de bens, com expressa exclusão para a hipótese de casamento nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória, ou no regime da comunhão parcial, se não houver bens particulares.

Dessa forma, seguindo-se a perspectiva apontada acima, tem-se a possibilidade de que apenas um dos companheiros possua vasto patrimônio, e sem possuir parentes sucessíveis e nem ter deixado testamento, falece com a convicção de que o seu companheiro de longos anos estaria amparado pelo patrimônio deixado. Ocorre que, no curso da relação, não adquiriram bens que tivessem se comunicado a ambos, e, nessas condições, o patrimônio deixado seria declarado como herança vacante, destinando-se ao ente estatal. Encontrar-se-ia, assim, o companheiro supérstite desamparado por completo.

Neste sentido, tem-se as palavras de Venosa (2006, p. 140):

A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável participará da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero participante da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro.

No particular, portanto, outro retrocesso: basta considerar esta situação dos companheiros que não chegaram a formar patrimônio comum e que, por conseguinte, estariam reciprocamente excluídos da sucessão. Em casos tais, a lei acabaria frustrando o objetivo de amparar o companheiro sobrevivente, que não somente não faria *jus* à meação, como ainda não seria chamado a suceder o falecido.

Possibilidade de participação na sucessão do companheiro falecido

Devido à problemática existente quanto aos direitos sucessórios dos companheiros, observa-se que o próprio legislador, por descuido

ou por omissão, trouxe para a legislação atual, disposições e soluções que desamparam em parte ou na totalidade os direitos do companheiro sobrevivente, uma vez que, em certas hipóteses, este não faria *jus* à meação, como ainda não seria chamado a suceder o *de cuius*, tendo, assim, restringindo o seu direito.

Vale ressaltar, que a união estável, no direito brasileiro, constitui modalidade de família, isso quer dizer que as normas sobre sucessão e, em particular, sobre sucessão necessária, não podem perder de vista o conceito de família, tal como este resulta do ordenamento em foco, bem como desamparar o companheiro no que diz respeito à sua vocação hereditária e aos seus direitos sucessórios.

Infelizmente, o legislador realmente foi omissivo e em certo ponto retrocedeu ao tratar dos direitos sucessórios dos companheiros, dando pouca relevância à figura do companheiro sobrevivente. Observando os atuais contornos da família brasileira, todas as questões suscitadas não constituem raridade nem exceção, portanto, deveria o legislador, para evitar dissídios indesejáveis, atribuir maior atenção à matéria em análise. Sendo assim, para possíveis soluções das questões aventadas, deve-se sempre buscar a solução mais favorável ao companheiro, seja na vocação, seja na partilha, para que este esteja sempre em igualdade com todos os co-herdeiros.

Opina Rodrigues (2004b, p. 117):

Diante desse surpreendente preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o *de cuius* tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável.

Por fim, é interessante observar que, para efeito de partilha de bens adquiridos pelo esforço comum, na constância da união estável e a

título oneroso, são irrelevantes os motivos que levam à desconstituição da união de fato, não se restringindo apenas à morte de um dos companheiros, mas aplicando-se às situações de extinção da união enquanto vivos os companheiros. Desse modo, não se discute culpa pelo término da união estável, pois a divisão do patrimônio comum não levará em conta esse aspecto.

Concorrência do companheiro com descendentes comuns, não comuns, com ambos concomitantemente e com outros parentes sucessíveis

O inciso I do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, trata da hipótese em que o companheiro sobrevivente concorra com filhos comuns entre ele e o autor da herança. Antes de qualquer coisa, deve-se salientar outro equívoco do legislador, aqui no que se refere ao termo utilizado, pois ao invés de utilizar no texto do inciso a expressão “filhos comuns”, deveria utilizar-se de “descendentes comuns”, o que daria melhor interpretação ao quanto pretendido.

Venosa (2006, p. 146) discorre que:

De acordo com o inciso I, se o convivente concorrer com filhos comuns, deverá receber a mesma porção hereditária cabente a seus filhos. Dividi-se a herança em partes iguais, incluindo o convivente sobrevivente. Inexplicável que o dispositivo diga que essa quota será igual à que cabe “por lei” aos filhos. Não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita. Como, no entanto, não deve ser vista palavra inútil na lei, poder-se-ia elocubrar que o legislador estaria garantindo a mesma quota dos filhos na sucessão legítima ao companheiro, ainda que estes recebessem diversamente por testamento. Essa conclusão levaria o sobrevivente à condição de herdeiro necessário. A nosso ver, parece que essa interpretação nunca esteve na intenção do legislador e constitui uma premissa falsa.

Dispõe o referido inciso, que caso haja descendentes comuns entre os companheiros, caberá ao sobrevivente quota equivalente ao que

couber aos descendentes, se mais de um for. Se tratar-se de apenas um descendente caberá ao companheiro a metade do que couber àquele, pois não deixará de ser quota equivalente. Assim, a herança, excluída a meação, será dividida em tantas partes quantos sejam os descendentes comuns, mais uma, que será a do companheiro sobrevivivo.

Divergência existe quando apenas netos comuns são chamados a concorrer com o companheiro supérstite. Estes netos, segundo a má redação do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, poderiam ser incluídos tanto na hipótese do inciso I, pois sucederiam o filho pré-morto e herdariam por cabeça, como poderiam ser incluídos na hipótese do inciso III, ou seja, como outros parentes sucessíveis.

Vale lembrar que todo o disposto no referido inciso, só terá efeito em relação ao patrimônio, ou melhor dizendo, só terá efeito em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Caso o *de cuius* deixe patrimônio adquirido apenas por esforço próprio, ficará a herança em sua totalidade para o(s) herdeiro(s) comum(s), dividindo-se essa em porções equivalentes entre todos os co-herdeiros.

Desta forma, havendo bens adquiridos na constância da união e bens não comuns, a divisão igualitária só se aplicará aos primeiros; os demais bens serão divididos exclusivamente entre os descendentes comuns.

Já no inciso II do art. 1.790 do Código Civil de 2002, tem-se a hipótese de concorrência do companheiro sobrevivivo com os descendentes só do autor da herança. Dispõe a lei que ao primeiro tocará “a metade do que couber a cada um daqueles”. Como identificado pelo professor Pereira (2005b, p. 158), a redação é defeituosa, sob o seguinte entendimento:

Nem todos os descendentes chamados terão, forçosamente, direito a frações idênticas. É perfeitamente possível que, ao lado do companheiro, concorram, por exemplo, filhos e netos do autor da herança, quando os últimos sejam convocados por direito de representação e, conseqüentemente, dividam a quota do filho pré-morto. A “metade”, a que se refere o texto legal, deve

ser, pois calculada sobre a fração que couber aos descendentes chamados por direito próprio: havendo a simultânea vocação de filhos e netos (apenas) do *de cuius*, a parte do companheiro deverá corresponder à metade do que tocar singularmente a cada filho e à(s) estirpe(s) do(s) filho(s) pré-morto(s).

Ocorre aqui semelhança quanto ao disposto no inciso I do referido artigo, justamente pela obrigatoriedade dos bens, ora partilhados, terem sido adquiridos durante a união e de forma onerosa. A única diferença entre estas duas primeiras hipóteses legais, encontra-se na quota percebida pelos descendentes, sejam eles comuns ou não comuns, e pelo companheiro supérstite. Assim, ressalvada a meação, os bens serão transmitidos aos descendentes não comuns, ou seja, somente àqueles descendentes do autor da herança, e ao companheiro. Entretanto, caso não haja patrimônio comum, todos os bens serão divididos apenas entre os descendentes do *de cuius*.

O inciso supracitado também gera dúvidas caso apenas netos, só do autor da herança, concorram com o companheiro sobrevivente. Nesta hipótese, poderia ser utilizada a regra constante do inciso II, como também a regra do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, ou seja, mais um descuido do legislador ao prever as hipóteses da vocação hereditária dos companheiros.

Segundo o pensamento de Venosa (2006, p. 143), na hipótese de ocorrência do inciso II, o *quantum* devido ao companheiro tem menor peso se comparado com o *quantum* devido aos descendentes só do autor da herança. Vejamos a exposição:

Na forma do inciso II do art. 1.790, se o convivente concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles. Atribui-se, portanto, peso 1 (um) à porção do convivente e peso 2 (dois) à do filho do falecido ou falecida para ser efetuada a divisão na partilha.

Diferentemente do que ocorre com as duas primeiras hipóteses, a possibilidade de concorrência do companheiro supérstite com

descendentes comuns e não comuns concomitantemente não foi analisada ou até mesmo prevista pelo legislador do Código Civil de 2002. Neste ponto, tem-se a exata imprecisão e o nítido descaso por parte do legislador no que concerne aos direitos sucessórios dos companheiros.

Como já dito anteriormente, a união estável é fenômeno cada vez mais comum na sociedade brasileira e, uma vez que a Constituição da República de 1988 legitima tal instituto, garantido-lhe *status* de família, deveria o legislador infraconstitucional ser mais dedicado e cuidadoso ao tratar da matéria. Assim, tal possibilidade de ambos os companheiros terem descendentes de relacionamentos anteriores, logicamente, seria uma das mais comuns de ocorrer.

De tal sorte, o legislador estranhamente não se atentou para essa possibilidade, deixando fora dos incisos do art. 1.790 do Código Civil de 2002 a hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes comuns e não comuns concomitantemente.

Tem-se então uma verdadeira discricionariedade para os magistrados que se depararem com tal hipótese, uma vez que a quota devida ao companheiro supérstite quando concorrer com descendentes comuns será igual àquela devida aos mesmos, e quando concorrer com descendentes não comuns, fará *jus* a uma quota equivalente à metade por estes recebida. Pode o magistrado optar por qualquer das duas situações, visto que atuará de acordo com o preceito legal.

Assim, nos casos concretos em que a hipótese acima aventada se faz presente, devem os operadores do Direito, especialmente os magistrados, adotar a solução mais favorável ao companheiro supérstite, que é justamente a do recebimento de quota equivalente à do filho comum, como disposto no inciso I do art. 1.790 do Código Civil de 2002, colocando em igualdade de condições todos os co-herdeiros.

Nesse contexto, tem-se a opinião de Venosa (2006, p. 143):

Havendo filhos comuns com o *de cuius* e filhos somente deste concorrendo à herança, a solução é dividi-la igualmente, incluindo o companheiro ou companheira. Essa conclusão,

que também não fica isenta de dúvidas, deflui da junção dos dois incisos (I e II do art. 1.790 do Código Civil de 2002), pois não há que se admitir outra solução, uma vez que os filhos, não importando a origem, possuem todos os mesmos direitos hereditários. Trata-se, porém, de mais um ponto obscuro entre tantos na lei, que permite a multiplicidade de interpretações, já analisada na sucessão concorrente do cônjuge.

A última hipótese descrita no art. 1.790 do Código Civil vigente, mais precisamente em seu inciso III, é aquela em que concorrem o companheiro sobrevivente e outros parentes sucessíveis, isto é, ascendentes e os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos do *de cujus*).

Não tendo o *de cujus* descendentes, sejam comuns ou não comuns quanto ao companheiro, este concorrerá com quaisquer outros parentes sucessíveis, tocando-lhe apenas 1/3 (um terço) da herança, lembrando-se sempre que a herança aqui entendida será aquela formada apenas por bens adquiridos na constância da união e a título oneroso. Dessa forma, os 2/3 (dois terços) da herança tocarão aos parentes colaterais chamados a participar da sucessão. Estes 2/3 (dois terços) serão divididos por linhas, se os parentes chamados forem ascendentes; e por cabeça ou estirpe, conforme o caso, se os parentes chamados forem colaterais do *de cujus*, podendo haver direito de representação na hipótese do art. 1.840 do Código Civil de 2002.

Os doutrinadores, acerca dessa possibilidade, ficam um tanto que perplexos e repulsivos. Assim, opina Venosa (2006, p. 143):

Ainda, no inciso III dispõe a lei que, se o convivente sobrevivente concorrer com outros parentes sucessíveis, isto é, ascendentes e colaterais até o quarto grau, terá direito a 1/3 (um terço) da herança. Se a norma é aceitável no tocante à concorrência com ascendentes, é insuportável com relação aos colaterais. Imagine-se a hipótese de o companheiro sobrevivo concorrer apenas com um colateral, este receberá 2/3 (dois terços) da herança e o sobrevivente apenas 1/3 (um terço).

Trata-se de mais uma injustificável discriminação ao companheiro em relação ao cônjuge, e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário daquele. Com efeito, neste inciso, o companheiro é preterido inclusive pelos colaterais, o que é um absurdo.

O companheiro na qualidade de herdeiro único

Quando não houver parentes sucessíveis, quer sejam descendentes comuns ou não comuns, ascendentes ou colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos), o companheiro terá direito à totalidade da herança. Por totalidade da herança deve-se entender a porção não testada e principalmente aquela formada na constância da união e de forma onerosa.

Vale ressaltar que mesmo o *de cuius* não possuindo descendentes, ascendentes ou outros parentes sucessíveis, o companheiro supérstite só fará *jus* à herança formada por patrimônio comum. Caso isto não ocorra, ou seja, não haja formação de patrimônio comum, ficará o companheiro sobrevivente sem direito a participar da sucessão do falecido.

Entretanto, muitos doutrinadores e juristas, devido à má redação do art. 1.790 do Código Civil de 2002, vislumbram a possibilidade do companheiro sobrevivente, caso o *de cuius* não possua parentes sucessíveis, herdar em sua totalidade o patrimônio deixado. Assim, todos os bens, desde aqueles formados antes da união até os de esforço único de um dos companheiros, entraria na totalidade da herança passível de sucessão pelo companheiro supérstite.

Rodrigues (2004b, p. 118) corrobora com tal possibilidade, com a argumentação de que:

Não se pode chegar a outra conclusão, diante do imperativo da regra contida no *caput* do art. 1.790 do Código Civil de 2002. A não ser que o intérprete, a título de dar interpretação construtiva, ingresse no campo da criação normativa, tomando o espaço e o lugar do legislador, o que lhe é vedado; mas, reconheço, às vezes tem sido praticado, para corrigir falhas gritantes e errôneas contidas em alguns aspectos.

Dessa forma, nada mais justo tratar o companheiro sobrevivente como herdeiro necessário, o que possibilitaria ao mesmo receber, na totalidade, o patrimônio deixado pelo *de cujus* caso não haja outros parentes sucessíveis.

Bens passíveis de sucessão

O Código Civil de 2002 não se preocupou em ter o companheiro sobrevivente na condição de herdeiro necessário, como fez em favor do cônjuge, conforme se pode depurar do art. 1.845 do referido Código. Além do que, restringiu a possibilidade de participação do companheiro supérstite somente aos bens adquiridos durante a constância da união e a título oneroso. Ressalte-se que por aquisição onerosa entende-se o patrimônio acrescido a título oneroso, excluídos aqueles bens subrogados ao patrimônio particular. Vale ressaltar que essa restrição pode gerar injustiças, caso não haja formação de patrimônio comum durante o estado convivencial.

Ademais, o Código Civil de 2002, diferentemente da Lei nº 9.278/96, não trata do direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, circunstância que agrava mais ainda a situação do companheiro. Portanto, mesmo que tenha, o companheiro remanescente, o direito de propriedade e, não mais, apenas o direito real de usufruto e habitação, estes por não terem sido revogados expressamente, ainda podem constituir direitos dos companheiros, no tocante aos bens passíveis de sucessão.

Sobre esta problemática, trata Diniz (2005, p. 147):

Além disso, urge lembrar que o companheiro sobrevivente, por força da Lei nº 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, e, analogicamente, pelo disposto nos arts. 1.831 do Código Civil de 2002 e 6º da Constituição da República de 1988, também terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família; mas pelo Código Civil de 2002, tal direito só é conferido ao cônjuge. Diante da omissão do Código Civil

(norma geral), o art. 7º, parágrafo único, daquela Lei estaria vigente, no nosso entender, por ser norma especial.

Dessa forma, uma vez caracterizada a união estável, os bens adquiridos na constância da relação, a título oneroso, pertencem a ambos os companheiros. Em caso de dissolução do vínculo, deverão ser partilhados como determinam as regras do regime da comunhão parcial de bens, dispostas no art. 1.658 e seguintes do Código Civil de 2002.

O companheiro como herdeiro necessário

A sucessão inicia-se no momento da morte de uma pessoa. Deve-se levar em consideração quando, onde e a quem se destinará o patrimônio. Assim, ressalvado o direito de testar do *de cuius*, cominado com o respeito aos direitos de seus parentes sucessíveis, a lei definiu os chamados herdeiros necessários.

A denominação herdeiro necessário deve-se ao fato de que aos assim chamados, pertencerá ou será reservada a metade dos bens do *de cuius*, sendo que a outra metade poderá este, enquanto vida tiver, dispor, seja a título de doação ou como destinação testamentária. Assim, no art. 1.845 do Código Civil de 2002 tem-se o rol de herdeiros necessários, sendo eles: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Diante de tal rol, mais uma vez, nota-se os privilégios que possuem os cônjuges, visto que, mesmo com a tão pretendida equiparação entre a união estável e o casamento, o legislador não incluiu o companheiro supérstite como herdeiro necessário.

Entretanto, diferentemente do que já foi exposto, esta situação não foi trazida pelo atual Código, pois o Superior Tribunal de Justiça, manifestando-se sobre o tema, mais precisamente sobre a Lei nº 8.971/94, não incluiu o companheiro entre os herdeiros necessários.

Nos três primeiros incisos do art. 1.790 do Código Civil de 2002, vislumbra-se claramente a possibilidade de se ter o companheiro como herdeiro necessário, visto que em todas as hipóteses de comunicação dos bens, ou seja, do patrimônio, ele seria de um modo ou de outro chamado

a suceder o *de cuius*. Isso se torna mais imperioso, quando concretizada a possibilidade prevista no inciso IV, do mesmo artigo.

Outro ponto importante no que se refere à possibilidade de inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários, seria o reconhecimento, pela lei, do companheiro como administrador provisório do espólio, bem como a possibilidade deste ser o inventariante. Dessa forma, se faria justiça ao companheiro supérstite, incluindo-o no rol dos herdeiros necessários, entretanto, esta é uma possibilidade remota visto a pacificação do legislador quanto ao assunto.

Considerações Finais

Diante de todo o exposto, verifica-se que o Código Civil de 2002, no que concerne aos direitos dos companheiros, mais precisamente quanto aos direitos sucessórios destes, constitui-se em um diploma um tanto quanto discriminatório, seja pelo descaso, seja pela omissão com que o legislador pátrio tratou desta matéria.

Percebe-se que o mesmo legislador teve dúvidas, na realidade, hesitou em dar a devida importância à união estável e aos efeitos decorrentes desta. Nota-se mais uma vez que o instituto do casamento tem maior consideração, privilégio pela parte mais tradicional da sociedade, bem como daqueles que legislam e, conseqüentemente, estão inseridos nesse pensamento tradicional. Assim, o Código Civil de 2002, ao invés de regular de uma forma geral a união estável, regrediu completamente, vez que colocou o companheiro em situação inferior à do cônjuge, pois não incluiu aquele no rol de herdeiros necessários.

Especificamente quanto aos direitos sucessórios dos companheiros, é inadmissível aceitar tal retrocesso trazido pelo Código Civil de 2002, pois desde 1890, quando somente o casamento religioso era válido, passando por 1930, quando reconheceram os direitos dos concubinos, chegando a Constituição da República de 1988 e as leis infraconstitucionais (nº 8.971/94 e nº 9.274/96), somando-se as inúmeras jurisprudências sobre a união estável, a população brasileira,

bem como os operadores do Direito, tinham como encerrada a questão acerca de tais direitos dos companheiros.

Entretanto, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, tudo que estava pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no que se referia aos direitos decorrentes da união estável e seus efeitos patrimoniais, restou confuso e obscuro. Pode-se afirmar que o legislador abandonou, contrariou tudo aquilo que se almejava e que tinha sido construído árdua e paulatinamente, quer fosse a tão pretendida igualdade entre cônjuge e companheiro e entre casamento e união estável.

Como já explicitado, o Código Civil de 2002, quanto aos direitos sucessórios dos companheiros, trouxe concomitantemente inovações e retrocessos, bem como em alguns pontos foi omissivo, devido à vontade ou ao descaso do legislador. Contudo, cada caso concreto tem suas peculiaridades e podem, assim, ocorrer interpretações e definições diferenciadas de caso para caso. Mas, nunca se deve perder o real propósito, qual seja a proteção à família, lembrando sempre que a união estável é modalidade desta, como preceitua o texto Constitucional. Assim, cabe aos operadores do Direito, uma vez que estes lidam com os casos concretos, buscar a solução mais favorável aos companheiros, visto que estes são sujeitos de direitos, e conseqüentemente devem ter aquela proteção devida pelo Estado.

Por conseguinte, tem-se que garantir os direitos dos companheiros, sujeitos de direitos, para que estes, devido ao descaso e à ínfima importância dada pelo legislador, não fiquem desamparados nem tenham frustrados os seus direitos, uma vez que a união estável não é um mero contrato entre pessoas, mas é uma convivência fundada no amor, no carinho, no respeito e no amparo, ou seja, uma família.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Código Civil Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Dilvanir José da. *Sistema de direito civil à luz do novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Institutos de direito civil: direito das sucessões*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005a.

_____. *Institutos de direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005b.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a.

_____. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004b.

SANTOS, Fernanda Moreira dos. União estável e direitos sucessórios à luz do direito civil-constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1011, 8 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8213>>. Acesso em: 25 de out. 2010.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Sucessão entre companheiros. *Revista Brasileira de Direito das Sucessões*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 124, dez. 2000.

VELOSO, Zeno. *Do direito sucessório dos companheiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito sucessório dos companheiros na união estável*. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=175>. Acesso em: 15 de out. 2010.

Recebido em: setembro de 2011

Aprovado para publicação em: dezembro de 2011.