

# A SUCESSÃO NO CASAMENTO, NA UNIÃO ESTÁVEL E NO CONCUBINATO

**Marcos Antônio Benasse**

*Mestre em Direito Processual Civil, Advogado,  
Autor do Livro "Algumas Questões Polêmicas do Novo Código Civil Brasileiro", Ed. Livro Pleno.*

**Maria Cristina Kunze dos Santos Benasse**

*Especialista em Direito Processual Civil, Professora de graduação e Pós Graduação, Advogada*

## 1 - INTRODUÇÃO

A família é a base da sociedade. Para os efeitos legais, família é a célula formada pelo pai, pela mãe e pelos filhos. Embora haja um interesse da sociedade no prestígio ao instituto casamento, a verdade é que, há tempos, a família não se forma somente dentro do matrimônio. Ao longo do tempo, o filho ilegítimo (gerado fora do casamento), sem culpa nenhuma, foi alvo de discriminação da lei e da jurisprudência, sendo que, não raro, mesmo o filho de pai abastado, morreu na mais profunda miséria. Não era diferente a situação da própria mulher que vivia com o homem, sem com este se casar. Atentas a essa fonte inesgotável de injustiças, a jurisprudência e a doutrina começaram a diferenciar a situação das pessoas que viviam juntas, sem se casar, quando havia impedimento para o casamento e quando não havia. No primeiro caso, costumou-se chamar a mulher de "concubina", também conhecida por "teúda e manteúda" (tida e mantida); aquela que, mesmo sabendo que o homem era casado, não se furtava de com ele manter relacionamento íntimo, do qual, muitas vezes, resultavam filhos. Era, sob certo ponto de vista, a causa do enfraquecimento do matrimônio, a "desgraça" da família constituída, dentro dos padrões éticos da sociedade, sob o amparo da lei. Também representava o ralo pelo qual escoava as economias do matrimônio, gerando, ainda, grandes injustiças sociais. No segundo caso, por sua vez, não havendo nenhum impedimento legal para o casamento, aparecia a "companheira", não raro, a efetiva auxiliar do homem na formação do seu patrimônio financeiro. Quase sempre, também, no fim da vida, era trocada por uma mulher mais jovem, sem nenhum direito ao patrimônio do companheiro. Seus filhos, havidos fora do casamento, sofriam discriminação, não sendo reconhecidos para efeitos sucessórios do pai. A Lei 883, de outubro de 1949, estabeleceu que somente depois de dissolvida a sociedade conjugal seria permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declarasse a filiação. Na falta de testamento, o cônjuge casado pelo regime de separação de bens tinha direito à metade dos deixados pelo outro, se concorresse à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma dessa Lei. Ou seja, mesmo reconhecido, o filho havido fora do casamento sofria discriminação. Em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, houve, finalmente, o reconhecimento da união estável, entre um homem e uma mulher, como "entidade familiar", para efeito da proteção do Estado, exigindo, todavia, a Carta Magna, que a lei ordinária deve facilitar sua conversão em casamento. A Constituição estabelecia, ainda, a família como "base da sociedade", com especial proteção do Estado. A Constituição trouxe, ainda, como grande novidade, a igualdade entre o homem e a mulher casados, substituindo o pátrio poder (poder do pai) sobre os filhos, oriundo do Direito Romano, pelo poder familiar, agora exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe. Defluem do texto constitucional algumas conclusões: 1) casamento e união estável não são a mesma coisa, senão não seria necessária a conversão de um no outro; 2) o legislador continua objetivando prestigiar o casamento, somente decidiu enfrentar, de vez, uma situação

fática há muito existente, pondo fim às infundáveis injustiças sociais dela advindas; 3) pela Constituição brasileira, somente se reconhece a união estável entre pessoas de sexos diferentes, nunca de mesmo sexo; 4) a Constituição não albergou o assim chamado "concubinato impuro" – aquele em que há impedimento para a conversão em casamento. Em 1994, foi promulgada a primeira Lei reconhecendo a União Estável – Lei n. 8.971/94. Essa Lei previa que a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele vivesse há mais de cinco anos, ou dele tivesse prole, poderia pedir pensão, enquanto não constituísse nova união e desde que provasse a necessidade. Igual direito e nas mesmas condições era reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. A Lei reconheceu, ainda, o direito dos companheiros de participar um da sucessão do outro, e, mais, o direito do sobrevivente à metade dos bens deixados pelo autor da herança, quando resultantes de atividade em que tivesse havido a colaboração desse. Em 1996, foi promulgada a Lei n. 9.278, que reconheceu como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, eram considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. A administração do patrimônio comum dos conviventes competia a ambos, salvo estipulação contrária também em "contrato escrito". Estava legalizado, assim, o "contrato de convivência" ou "contrato de união estável" ou, mais impropriamente, "contrato de concubinato". Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nessa Lei era prestada por um dos conviventes ao que dela necessitasse, a título de alimentos. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente teria direito real de habitação, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Os conviventes poderiam, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

## **2. A SUCESSÃO SOB A ÓTICA DO VIGENTE CÓDIGO CIVIL**

O novo Código Civil tratou da matéria relativa à sucessão dos conviventes no art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Mas o Código não inseriu os companheiros no rol dos herdeiros necessários, conforme se infere do art. 1.845, que tem a seguinte dicção: "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge". Conseqüência disso é que, em não sendo o(a) companheiro(a) herdeiro(a) necessário do(a) parceiro(a), pode este deixar em testamento todos os seus bens a terceiros, sem reserva da legítima (que não existe). O companheiro que, por qualquer motivo, queira, por exemplo, excluir a companheira de sua herança, não precisa fazer mais que deixar em testamento todos os seus bens, sem contemplá-la (e vice-versa). É o quanto basta. O mesmo não acontece com o cônjuge. Conforme se percebe do texto legal (art. 1.829), o cônjuge sobrevivente concorre, agora, com os próprios descendentes, ou com os ascendentes do morto. Quer isso dizer, que se tornou herdeiro legítimo do outro. Assim, como a legítima é a parte da

herança reservada por lei aos herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), não pode o marido, nem a mulher dela dispor livremente.

Por outro lado, o novo Código Civil inseriu o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários do morto, em concorrência tanto com os descendentes quanto com os ascendentes deste. Não havendo descendentes nem ascendentes do morto, o sobrevivente herda sozinho. Já o(a) companheiro(a) não teve a mesma sorte. Mesmo tendo reconhecido o direito do sobrevivente à herança do de cujus, igualmente em concorrência com descendentes do morto ou com outros parentes sucessíveis, essa categoria de herdeiro está inserida no LIVRO V (Do Direito das Sucessões), TÍTULO I (Da Sucessão em Geral), CAPÍTULO I (Disposições Gerais), ficando fora da Sucessão Legítima, tratada no TÍTULO II (Da Sucessão Legítima), CAPÍTULO I (Da Ordem da Vocação Hereditária). Conforme já salientado, consequência disso é que qualquer dos dois pode doar todos os seus bens particulares ou da meação, ou deixá-los em testamento, sem reserva da legítima. Um detalhe interessante deve ser observado no inciso III do art. 1.790, que afirma que a companheira ou o companheiro, se concorrer com outros parentes sucessíveis (que não ascendentes ou descendentes do morto), terá direito a um terço da herança; não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Deve-se concluir que, ao contrário do cônjuge, que concorre somente com descendentes ou com ascendentes do morto, o(a) companheiro(a) concorre em todas as classes, até com a dos colaterais do quarto grau. E, também ao contrário do ocorre com o cônjuge, somente herda a totalidade dos bens se não houver, do morto, nenhum parente sucessível.

O novo Código não concede aos concubinos direito à herança do morto.

Uma questão muito interessante é: o cônjuge sobrevivente, no que tange à herança do falecido, concorre somente aos bens onerosos, adquiridos na vigência do casamento, como acontece com o companheiro sobrevivente (na vigência da união estável)? ou o legislador privilegiou, aí, o casamento?

O art. 1.790 da nova Lei estipula que: "A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:...". Ficam, portanto, excluídos da sucessão: 1) os bens adquiridos onerosamente fora da vigência da união estável; e 2) os bens adquiridos por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar. No caso dos cônjuges, a nova Lei não estipulou esse detalhe (da onerosidade dos bens), conforme se infere do art. 1.829. Todavia é intuitiva a aplicação da mesma regra, por um simples motivo: o Código estaria adjetivando os filhos do morto (filhos do casamento, filhos da união estável), aquinhoando-os com partes diferentes, segundo o morto fosse casado, ou apenas vivesse em união estável com o sobrevivente. Portanto, não se trata de "prestigiar" o casamento, mas de tratar os filhos do morto desigualmente, segundo uma adjetivação implícita, o que é vedado constitucionalmente: (CF, art. 227, § 6º "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.").

Uma última questão deve ser levantada sobre o assunto: Como se calcula o quinhão do cônjuge do morto? e o do(a) companheiro(a)? e o do(a) concubino(a)?

Se houvesse um concurso para a questão mais polêmica do atual Código, esta dificilmente deixaria de ganhá-lo. O legislador, parece, procurou estabelecer as regras tomando como referência os cônjuges e os companheiros, que se tornam, a partir de agora, herdeiros do morto, esquecendo-se completamente dos filhos, a quem a Constituição Federal proíbe discriminações. Resultado disso: há, no nosso ponto de vista, inúmeras inconstitucionalidades nas normas estabelecidas, as quais procuraremos destacar, não sem dar um apanhado global do assunto, de ordem a estabelecer um raciocínio lógico.

Nas disposições gerais sobre sucessões, o novo Código repetiu as mesmas regras do Código revogado: Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

O Código trouxe, contudo, uma novidade. A Lei 8.971/94, em seu art. 2º, havia instituído que o(a) companheiro(a) sobrevivente participaria da sucessão do morto nas seguintes condições: I - o(a) companheiro(a) sobrevivente teria direito enquanto não constituísse nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do "de cujus", se houvesse filhos deste ou comuns; II - o(a) companheiro(a) sobrevivente teria direito, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto da metade dos bens do "de cujus", se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes; III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente teria direito à totalidade da herança. Tal dispositivo recebeu inúmeras críticas, até porque o usufruto conferido ao convivente era maior que o do cônjuge, em igualdade de condições.

Reafirmando os direitos dos companheiros à sucessão um do outro, o novo Código estabeleceu: (art. 1.790) A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. A inserção dos direitos dos companheiros nas disposições gerais relativas à sucessão, fora, portanto da sucessão legítima, demonstra, à evidência, que o legislador quis deixar bem claro que a união estável não estava equiparada ao casamento. A sucessão legítima veio regulada no Título II, estando a ordem da vocação hereditária disposta no art. 1.829, onde o cônjuge sobrevivente, passou a concorrer com os descendentes e com os ascendentes do morto, nos seguintes termos: (art. 1.829) A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. E, ainda: (art. 1.832) Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. (Art. 1.836) Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas. Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna. (Art. 1.837) Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. (Art. 1.838) Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente. (Art. 1.839) Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau. (Art. 1.845) São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

### 3. O CÁLCULO DOS QUINHÕES

As regras de apuração dos quinhões relativamente aos cônjuges e aos companheiros são de difícil inteligência, abrangendo uma casuística incrível. Tomem-se, para análise, os seguintes exemplos:

Exemplo 1. A e B vivem em união estável da qual resultaram 4 (quatro) filhos comuns. A falece sem deixar testamento, possuindo somente bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Quando morreu, A e B viviam juntos. Pela regra do art. 1.790, I, teríamos, numa interpretação mais lógica que literal, que B receberia 20% dos bens, cabendo a cada filho igual quinhão. Logo,  $5 \times 20\% = 100\%$ .

Exemplo 2. A e B vivem em união estável da qual não resultaram filhos. A possuía, todavia, 4 (quatro) filhos de outro leito. A falece sem deixar testamento, possuindo somente bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Quando morreu, A e B viviam juntos. Pela regra do art. 1.790, II, teríamos: a) numa interpretação literal, que: a.1) B receberia 33,32% dos bens, enquanto cada filho do de cujus receberia 16,66% - a fórmula seria:  $2x + x + x + x + x = 100\% \Rightarrow 6x = 100\% \Rightarrow x = 100/6 \Rightarrow x = 16,66\%$  (parte de cada filho)  $\Rightarrow$  parte de B =  $8,33\% + 8,33\% + 8,33\% + 8,33\% = 33,32\%$ ; a.2) B receberia 50% dos bens, enquanto cada filho do de cujus receberia 12,5% - a fórmula seria:  $(0,5x + 0,5x + 0,5x + 0,5x) + 0,5x + 0,5x + 0,5x + 0,5x = 100\% \Rightarrow 2x + 2x = 100\% \Rightarrow 4x = 100\% \Rightarrow x = 100/4 \Rightarrow x = 25\% \Rightarrow$  parte de B =  $2x = 50\%$ ; parte de cada filho =  $0,5x = 12,5\%$ ; e b) numa interpretação mais lógica, que B receberia 11,11% dos bens, enquanto cada filho do de cujus receberia 22,22% - a fórmula seria:  $0,5x + x + x + x + x = 100\% \Rightarrow 4,5x = 100\% \Rightarrow x = 100/4,5 \Rightarrow x = 22,22\% \Rightarrow 0,5x = 11,11\%$ ; Se se considerarem os percentuais apurados nas fórmulas a.1 e a.2, B, que já é meeira de A, ficaria com 66,66% dos bens, no primeiro caso, e com 75% dos bens, no segundo. O que não é nenhum absurdo se se considerar que, no caso do cônjuge, quando concorre somente com filhos seus com o morto (filhos comuns), não pode receber menos que a quarta parte da herança, que, adicionada à sua meação, resulta nos mesmos 75% dos bens. Acontece que essa regra não vale para quando o cônjuge concorrer somente com descendentes do de cujus, como no caso sob comento. Daí, estaria havendo um privilégio à união estável, não conferido ao casamento. E este não é o objetivo do legislador.

Exemplo 3. A e B vivem em união estável da qual resultaram 2 (dois) filhos comuns. A possuía, ainda, mais dois filhos de outro leito. A falece sem deixar testamento, possuindo somente bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Quando morreu, A e B viviam juntos. Não há regra, no art. 1.790, para essa hipótese, ficando evidente que o inciso III do art. 1.790 corresponde à primeira parte do art. 1.837. Se se admitir que a herança será dividida em duas partes, aplicando-se a cada parte, separadamente, as regras dos incisos I e II, estaríamos admitindo que os filhos do primeiro leito do morto recebam mais que os do segundo. Haveria uma discriminação entre os filhos; o que é vedado constitucionalmente. Parece que o entendimento mais lógico é que B venha a receber metade do que tocar aos demais herdeiros, para não haver diferenciação entre eles.

Exemplo 4. A e B vivem em união estável da qual resultaram 4 (quatro) filhos comuns. A falece sem deixar testamento, possuindo somente bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Quando morreu, A e B não viviam juntos. O art. 1.790 é omissivo também quanto a essa questão de A e B estarem, ao tempo da morte, vivendo separadamente, embora haja regra expressa para o casamento: "Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do

sobrevivente." Até para não haver um privilégio à união estável não conferido ao casamento, entendemos que, se, ao tempo da morte, A e B já não viviam juntos, B não teria direito à sucessão, ressalvados, evidentemente, seus direitos de meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Exemplo 5. A e B vivem em união estável da qual não resultaram filhos comuns. A não possuía, ainda, nenhum outro descendente. A falece sem deixar testamento, possuindo somente bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Os pais de A ainda vivem. Quando morreu, A e B viviam juntos. Nesse caso, segundo o inciso III do art. 1.790, B terá direito a 1/3 (um terço) da herança. Relewa notar que a herança aludida no dispositivo invocado é constituída apenas dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Os adquiridos, ainda que onerosamente, fora da união, bem como os recebidos em doação ou por sucessão, ou os sub-rogados, não compõem a parte da herança a que B está legitimada a concorrer com os outros herdeiros.

Exemplo 6. A e B vivem em união estável da qual não resultaram filhos comuns. A não possuía, ainda, nenhum outro parente sucessível. A falece sem deixar testamento, possuindo bens adquiridos onerosamente antes e na constância da união estável. Quando morreu, A e B viviam juntos. Nessa hipótese, B tem direito a toda a herança, inclusive quanto aos bens particulares de A.

Exemplo 7. A e B vivem em união estável da qual não resultaram filhos comuns. A não possuía, ainda, filhos de outro leito. A falece deixando testamento, onde deixa todos os seus bens um vizinho. Quando morreu, A e B viviam juntos. Como B não é herdeira necessária de A, este pode dispor de todos os seus bens, sem reserva da legítima. O mesmo se dá com os herdeiros colaterais, prevendo o Código o seguinte: "Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar". Nesse caso, quando muito, e se for o caso, B terá direito à meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Exemplo 8. A e B são casados pelo regime da comunhão universal de bens. Desse casamento resultaram 2 (dois) filhos comuns. A possuía, ainda, mais dois filhos de outro leito. A falece sem deixar testamento. Quando morreu, A e B viviam juntos. Nesse caso, B não concorre com os descendentes do morto, pela exclusão prevista no inciso I do art. 1.829, uma vez que casada no regime da comunhão universal. A mesma situação ocorreria se o casamento se desse no regime da separação legal de bens. Cada filho receberá o equivalente a 25% da herança.

Exemplo 9. A e B são casados pelo regime da comunhão parcial de bens. Desse casamento resultaram 4 (quatro) filhos comuns. A falece sem deixar testamento, possuindo somente bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Quando morreu, A e B viviam juntos. Também nesse caso, B não terá direito à herança, uma vez que, sendo meeira de todos os bens do de cujus, a situação se assemelha à comunhão universal. Cada filho receberá 25% da herança, B tem direito somente à sua meação.

Exemplo 10. A e B são casados pelo regime da comunhão parcial de bens. Desse casamento resultaram 4 (quatro) filhos comuns. A falece sem deixar testamento, possuindo bens adquiridos onerosamente na constância do casamento e uma linha telefônica, adquirida antes de contrair o matrimônio. Quando morreu, A e B viviam juntos. Por incrível que pareça, neste caso, a Lei confere ao cônjuge sobrevivente o direito à herança de A, pela simples existência de um bem particular do de cujus, ainda que de valor irrisório. É certo que a parte da herança a que o cônjuge supérstite fará jus é a que se refere aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, conforme entendimento nosso, exarado acima. Pior, em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (cf. art. 1.832). Dessa forma, pela simples existência de uma linha telefônica, como bem

particular do morto, o cônjuge sobrevivente passa a ser herdeiro, e, como concorre somente com filhos comuns, em vez de 20%, recebe 25% (mínimo legal), cabendo a cada filho não os 20% esperados, mas meros 18,75%. Esta disposição, por inexistente no caso da união estável, embora ostentem os filhos do morto essa qualidade (descendentes do morto) tanto no casamento quanto naquela circunstância, parece-nos inconstitucional, pois está aquinhoando os filhos do de cujus segundo seja ele casado ou companheiro. Uma discriminação intolerável à luz da Constituição Federal.

Exemplo 11. A e B são casados pelo regime da comunhão parcial de bens. Desse casamento resultaram 2 (dois) filhos comuns. A falece sem deixar testamento, possuindo bens adquiridos onerosamente na constância do casamento e uma linha telefônica, adquirida antes de contrair o matrimônio. A possui, ainda dois filhos do primeiro leito. Quando morreu, A e B viviam juntos. Neste caso, conforme se viu acima, B é herdeira de A. Mas como não concorre somente com filhos comuns, não incide a regra do art. 1.832, podendo, então, a sua quota ser inferior à quarta parte da herança. Assim, B receberá 20% dos bens e os demais herdeiros, igualmente 20% dos bens, cada.

Exemplo 12. A e B são casados pelo regime da comunhão parcial de bens. Desse casamento não resultaram filhos comuns. A falece sem deixar testamento, possuindo bens adquiridos onerosamente na constância do casamento e bens particulares. A não possui, também, filhos do primeiro leito, possuindo pais vivos. Quando morreu, A e B viviam juntos. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Como se tratam de ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança. Cada um dos pais ficará também com 1/3 para si.

Exemplo 13. A e B são casados pelo regime da comunhão parcial de bens. Desse casamento não resultaram filhos comuns. A falece sem deixar testamento, possuindo bens adquiridos onerosamente na constância do casamento e bens particulares. A não possuía, também, filhos do primeiro leito, deixando somente o pai vivo e os avós maternos. Quando morreu, A e B viviam juntos. Faltando os descendentes, são chamados à sucessão, conforme se salientou acima, os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Todavia, na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linha. Portanto, os avós maternos são excluídos da herança. Caberá ao cônjuge, porém, metade da herança, por haver um só ascendente com quem concorre.

Exemplo 14. A e B são casados pelo regime da comunhão parcial de bens. Desse casamento não resultaram filhos comuns. A falece sem deixar testamento, possuindo bens adquiridos onerosamente na constância do casamento e bens particulares. A não possuía, também, filhos do primeiro leito, deixando somente o avô materno e a avó paterna vivos. Quando morreu, A e B viviam juntos. Nessa hipótese, o cônjuge sobrevivente herdará a metade dos bens, porque concorre com ascendentes em segundo grau. A outra metade da herança será dividida em partes iguais entre o avô materno e a avó paterna. Se, por exemplo, o avô paterno também fosse vivo, o cônjuge sobrevivente herdaria 50% dos bens da herança, porque concorreria com ascendentes em segundo grau (art. 1.837, segunda parte); os ascendentes da linha paterna herdariam 25% (em conjunto), cabendo ao avô materno (linha materna) 25% (sozinho), porque havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os percentuais se dividem por linha e não por ascendente (cf. art. 1.836, § 2º). Ressalte-se que os bens particulares, neste caso, em que não há filhos, a quem a Constituição Federal não permite discriminação, poderiam compor a parte da herança a que o sobrevivente faria jus; mas, entendemos, ainda, com a devida vênia das respeitáveis vozes em sentido contrário, que haveria burla ao regime de casamento adotado. Destaque-se, ainda, que ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da

família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por extirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente. O Código estabelece, ainda, que somente é reconhecido o 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.

Não havendo cônjuge sobrevivente, nas condições expostas no parágrafo acima, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau. Não sobrevivendo cônjuge ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Os concubinos (concubinato impuro) não são herdeiros entre si.

#### 4. CONCLUSÃO

SÍLVIO VENOSA<sup>1</sup> sustenta que, na falta de ascendentes ou descendente, o companheiro será herdeiro da totalidade dos bens do falecido, alijando assim os colaterais e o Estado da herança.

Acreditamos que não é essa a disposição da Lei, no inciso III do art. 1.790: "se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança". Perceba-se que, na regra relativa aos companheiros, ao contrário da que se refere aos cônjuges, o legislador destaca a concorrência em relação: I – aos descendentes comuns; II – aos descendentes só do morto; III – a todos os demais parentes sucessíveis. Deve-se concluir que, ao contrário do cônjuge, que concorre somente com descendentes ou com ascendentes do morto, o(a) companheiro(a) concorre em todas as classes, até com a dos colaterais do quarto grau. E, também ao contrário do que ocorre com o cônjuge, o convivente sobrevivo somente herda a totalidade dos bens, se não houver, do morto, parentes sucessíveis (art. 1.790, IV – "não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança").

Questão tormentosa é a que se relaciona ao direito de habitação do(a) companheiro(a) sobrevivente.

Na Lei nº 9.278/96, que, a nosso ver, restou revogada, havia a seguinte previsão: "Art 7º, Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família". Acontece que o novo Código conferiu o direito de habitação somente ao cônjuge, nada falando em relação ao convivente: "Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar". Como não existe a equiparação de união estável ao casamento, onde o legislador mencionou como direito do cônjuge, somente a este se aplica. Todavia, é preciso reconhecer que o próprio Código conferiu outros direitos até mais amplos aos companheiros, e que, em Lei anterior, já haviam eles alcançado essa benesse. Por que teria, então, o legislador, que concedeu até mais aos conviventes do que lhes conferiam as duas leis anteriores, deixou de fora o direito de habitação? Parece

---

<sup>1</sup> Direito Civil, Editora Atlas, 3ª edição, vol. VII, pág. 114.

que foi intenção do legislador tirar dos conviventes o benefício. E, se foi assim, a nosso ver, fê-lo com injustiça.

SÍLVIO VENOSA<sup>2</sup> assevera: "Nas peculiaridades dessas duas leis, enfatizemos outra vez que os direitos sucessórios descritos no art. 2º da Lei nº 8.971/94 somente serão atribuídos ao companheiro ou companheira de pessoa de outro sexo, solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Não se atribui a convivente casado. Por outro lado, o dispositivo relativo ao direito real de habitação, descrito de forma ilhada na Lei nº 9.278/96, não faz referência à situação do sobrevivente na união estável. Desse modo, é perfeitamente aceitável concluir que o direito de habitação pode também ser deferido ao companheiro sobrevivente, ainda que o falecido tenha morrido no estado de casado, mas separado de fato. A lei não restringiu, não podendo a interpretação restringir".

Com todo o respeito, não nos parece que seja assim.

No caso específico das Leis 8.971/94 e 9.278/96, foi preciso fazer uma interpretação histórica acerca da coexistência das duas normas, em face do contido no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Art. 2º, § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Por entender que a Lei 9.278/96 regulava inteiramente a matéria, num primeiro momento, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro emitiu, através de seu Corregedor Geral, o Des. Paulo Roberto de Azevedo Freitas, o Aviso 137/96, resultado da quarta reunião realizada com os Juizes de Direito das Varas Cíveis, de Família e Orfanológica, ocorrida em 19-8-96 (conforme Aviso 134, publicado no D.O. nos dias 13, 14 e 15/8/96, pp. 18, 21 e 21, dando ciência da conclusão de ter havido a ab-rogação da Lei 8.971/94.<sup>3</sup> Todavia, toda a jurisprudência inquinou-se pela coexistência das duas Leis, com base na interpretação do § 2º do art. 2º da LICC e na interpretação histórica. Depois de longa tramitação nas Casas do Congresso Nacional, o legislador percebeu que o Projeto da Lei da União Estável não atendia plenamente as exigências da realidade nacional, decidindo, em vez de tirar da fila o projeto original, com possível retardamento da regulamentação do assunto urgente, lançar um novo, que seria aprovado logo na seqüência. Por qualquer motivo, o novo projeto andou mais que o velho e foi aprovado na frente, e aquilo que ele almejava alterar sequer existia. Com a aprovação do projeto original, retornou à condição anterior exatamente o que se queria alterar. A verdade é que um projeto queria aperfeiçoar o outro, não ab-rojá-lo. Nesse contexto, é preciso entender que o caput da Lei 8.971/94, que detalha as condições dos conviventes, para a configuração da união estável era a intenção final do legislador.

Foi essa a tônica do art. 1.727 e do art. 1.723, § 1º, primeira parte, do novo Código. Estranhamente, o legislador acrescenta ao § 1º do 1.723, num antagonismo incrível: "não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente". Essa última disposição afronta o intento de proteção exclusiva ao "concubinato puro", aliás, bem definido na Constituição Federal, quando dispõe que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. Logo, a Constituição alberga somente as uniões que se possam converter em casamento, ou seja, os conviventes deveriam poder se casar. E como o art. 1.521, VI, diz que não podem se casar as pessoas casadas, o impedimento da conversão é patente. Eventual equiparação do concubinato impuro ao puro é inconstitucional. Daí, data venia dos respeitáveis entendimentos contrários, não se asseguram aos concubinos direitos recíprocos à herança e muito menos de habitação. Aliás, este último: direito de habitação, já não está assegurado legalmente nem mesmo aos companheiros.

---

<sup>2</sup> *op. cit.*, vol. VII, págs. 116 e 117.

<sup>3</sup> Paulo R. de Azevedo Freitas. O novo regime jurídico da união estável. A ab-rogação da Lei 8.971/94 pela Lei 9.278/96. RT 736/40.

Finalmente, cabe destacar, com relação à sucessão, no caso do cônjuge, que, havendo concorrência com ascendentes do morto (art. 1.829, II), não importa o regime do casamento, pois a Lei não repete as exceções do inciso I. Com relação, ainda, ao cônjuge sobrevivente, este herdará somente se, havendo bens particulares do morto, for casado pelo regime da comunhão parcial de bens. Note-se que o novo Código não excluiu da herança o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens. Todavia, como foi absolutamente omissivo quanto a esse regime, parece-nos justo que o cônjuge sobrevivente somente herdará se o morto tiver deixado bens particulares, ou seja, nas mesmas condições do casado sob o regime da comunhão parcial. Herança e meação não se confundem. Excluída a meação, tudo o que sobrar compõe o acervo hereditário.

MARIA HELENA DINIZ e SÍLVIO DE SALVO VENOSA sustentam que o cônjuge, ao contrário do(a) companheiro(a) tem direito a quinhão sobre todo o acervo hereditário, que inclui tanto os bens comuns como os particulares, independentemente do regime do casamento.

Não concordamos, com todo o respeito, com esse entendimento, como já ressaltamos acima, em razão da inconstitucionalidade que representa a alteração do quinhão dos filhos, segundo sejam eles filhos de pessoas casadas, em união estável ou concubinas, ou, ainda, pela burla ao regime de bens, instituído pelo morto e pelo sobrevivente.

Salientamos, mais uma vez, que o Código beneficiou os filhos dos concubinos em relação aos dos companheiros, e os destes em relação ao dos cônjuges. Por exemplo: o casal de quatro filhos comuns: a) no casamento, os filhos receberiam 18,75% dos bens; b) na união estável, 20% dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, mais 25% dos bens particulares do "de cujus"; c) no concubinato, 25% de todos os bens. Fica, assim, evidente, a discriminação dos filhos, segundo sejam seus pais cônjuges, companheiros ou concubinos; o que fere frontalmente a Constituição Federal.

Conforme se percebe do exposto, foi lançada a semente da discórdia. Com uma redação bastante falha, o Novo Código Civil Brasileiro, ansiosamente aguardado por mais de 27 anos, em vez de trazer tranqüilidade ao mundo jurídico nacional, relativamente a questões de suma importância, que atingem indiscriminadamente a todos nós, trouxe, isso sim, perplexidade pela maneira como tratou de certas matérias e pela possibilidade de enxurrada de ações judiciais, para discussão das matérias polêmicas, assoberbando, ainda mais, o já atarefado Poder Judiciário.

Aguarda a sociedade que o legislador aja consciente e com a brevidade exigida, alterando os dispositivos confusos e inconstitucionais, de ordem a evitar grandes e inesperadas injustiças.

Não é, todavia, nossa esperança, principalmente em face do relevo das questões suscitadas e da morosidade do trâmite nas Casas Legislativas nacionais.