

A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NA UNIÃO ESTÁVEL¹

Joaquim Luis Azevedo do Amaral Junior²

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a abordagem acerca das relações de união estável, sua dissolução pela morte de um dos companheiros e os efeitos daí decorrentes. São traçados no decorrer do presente o histórico do instituto, seu reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 e as Leis 8.971/94 e 9.278/96. Também será realizada a abordagem sobre o texto do Novo Código Civil, que passou a regular a matéria a partir de sua vigência, bem como os reflexos do tratamento dado para os institutos do casamento e da união estável. A redação do artigo 1.790, vem causando muita polêmica pela inaceitável redução nos direitos sucessórios reservados ao companheiro sobrevivente, representando um retrocesso após tantas conquistas, como poderá ser observado a partir da concepção dos doutrinadores e, especificamente, dos Tribunais, em relação aos deveres e direitos dos companheiros.

PALAVRAS-CHAVE: união estável; companheiros; sucessão; herança.

THE SUCCESSION OF THE COLLEAGUES IN THE STEADY UNION

ABSTRACT: The boon work does have as a object the review he nears of the acquaintanceship as of banding poised, your dissoluteness with death by one of the colleagues and the effects hence. They are approached at the elapse from the actual the one historic from the institute, your own acknowledgement by Federal Constitution as of 1988 and the Legislations 8.971/94 and 9.278/96. As well it shall paid-up the approach above the text from the New Civil Code, than it footstep the one regular the essence as from your vigeny. And the two institutes at the actual ordenamment. The text from the article 1.790 comes causing plenty of polemicy as less than acceptable abatement at the rights successions self-contained to the chap survivor, as a it might be observed from the conception of the doutrinators and the Courts, in relation to the duties and rights of the colleagues.

KEY-WORDS banding poised ; colleagues ; succession ; heritage.

1 INTRODUÇÃO

Instituto cada vez mais comum em nosso cotidiano, a união estável é derivado do concubinato, este que surgiu no período pós clássico do Direito Romano, quando foram ditados regramentos como a *Lex Julia de Adulteriis*, que estabeleceu sanções a determinadas formas de união extraconjugal. No Brasil, com a integração entre o Estado e a Igreja, somente se admitia o casamento religioso, sendo considerada imoral a relação concubinatória. Entretanto, a Era Republicana trouxe consigo a inovação do casamento civil. As uniões informais permaneceram à margem da Lei, a não ser para fins de penalização ou restrição de direitos, justificando-se pela defesa da família constituída pelo casamento, considerada a única forma legítima de união.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso de Direito-Universidade Federal do Rio Grande- UFRG.

² Bacharel em Direito, graduado na Universidade Federal do Rio Grande- UFRG. E-mail joaquim_jr@brturbo.com.

A partir da segunda metade da década de setenta, com o advento da Lei nº. 6.515/77, conhecida como a Lei do Divórcio, e com amparo na norma existente no art. 57, § 2º da lei dos Registros Públicos – Lei nº. 6.015/73 – uma nova concepção de união extraconjugal começou a ser difundida. Desde então, doutrinadores e juristas, atentos ao crescimento do número de uniões de casais sem o registro matrimonial, vêm se esforçando para regular os direitos dos companheiros de modo a garantir as disposições constitucionais, bem como os direitos sucessórios decorrentes da morte de um dos companheiros, à luz das regras que foram normatizadas, observando-se os direitos de meação, habitação e herança em comparação aos direitos reservados aos cônjuges.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil. Portanto, a união protegida é a de homem e mulher solteiros, divorciados, viúvos ou separados judicialmente (ou mesmo de fato, em excepcionais circunstâncias), com aparência de casamento, conforme já vinha sendo reconhecido pela doutrina e jurisprudência.

A Constituição Federal deu ênfase a questão patrimonial da união estável, pois tirou seu foco do campo do direito das obrigações e o transferiu para o campo do direito de família. No entanto, no que tange aos direitos e obrigações recíprocos entre os companheiros, o constituinte se omitiu, deixando o encargo de fixá-los à legislação infraconstitucional, entre as formas de constituição familiar, devido às peculiaridades de cada instituto. Se, por um lado, o casamento está atrelado às formalidades e regras rígidas fixadas pelo Estado, a união estável representa uma fuga de todo esse formalismo e rigidez.

Para melhor compreendermos a importância da norma constitucional acerca das relações de união estável, faz-se necessário interpretar a legislação que passou a regular a matéria a partir do dia 29 de dezembro de 1994, com a promulgação da Lei nº 8.971, comumente denominada de “Lei do Concubinato”. A referida Lei regula especificamente o direito aos companheiros de perceber alimentos e também a concorrer na sucessão e usufruto dos bens imóveis do *de cuius*. O Direito brasileiro, até o advento da Lei mencionada, negava a concessão de alimentos aos companheiros, sob a justificativa de que as leis que versavam sobre tais direitos (Leis 5.478/68 – Alimentos, 6.515/77 – Divórcio e CC de 1916 – artigos 396 e 397) eram expressas e

taxativas sobre os vínculos que geravam tal obrigação: parentesco e casamento. A situação jurídica acerca dos direitos emergentes da morte de um dos companheiros também era ignorada. Isso demonstra a grande dificuldade, que, aliás, persiste até o presente momento, em conceber a união estável como entidade familiar em nossa sociedade.

Houve-se a discussão sobre a inconstitucionalidade da Lei 8.971/94, inclusive sendo argüida, pelo fato de omitir a possibilidade da conversão da união estável em casamento, considerando-se afronta ao art. 226, § 3º da Carta de 1988, por estar estimulando a continuidade do concubinato. É verdade que a Lei em questão é falha, mas nem por isso se mostra inconstitucional no seu conjunto, na medida em que atende ao mandamento maior de proteção à nova espécie de entidade familiar que foi declarada na Constituição. Todavia foi inovadora ao conceder direitos que a lei restringia aos casados e não eram reconhecidos pela jurisprudência dominante, tais como alimentos e participação na herança. Poderia deixar em aberto a questão do prazo mínimo de convivência para apreciação do Juízo, em cada caso concreto. Embora cercada de críticas, devem ser destacados os esforços do legislador em regular matéria que vinha sendo suplicada pelas pessoas que viviam sem o intuito de contrair matrimônio e os direitos e deveres dela decorrentes.

A Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, efetivamente regulamentou o artigo 226, § 3º da nossa Carta Magna. O legislador também demonstrou a intenção de corrigir a insuficiência conceptual e as apontadas falhas da Lei 8.971/94, bem como lançar novidades no universo da união estável, como o direito real de habitação. Como não poderia ser diferente, em se tratando de legislação reguladora de norma constitucional, a Lei apresenta lacunas, deixando em aberto muitos aspectos, não corrigindo as falhas da Lei 8.971/94, quando o ideal seria uma regulamentação completa sobre a matéria. As impropriedades técnicas também são alvo de grande parte da doutrina, sendo a mais flagrante a adoção do termo “convivente”, para designar o partícipe da união estável, quando seria melhor manter o nome “companheiro”, conforme foi adotado na Lei 8.971/94 e consagrado na própria Constituição Federal de 1988, no artigo 201, inciso V, que versa sobre pensão por morte.

Com relação à revogação das disposições em contrário, os pontos enfocados na Lei 9.278/96, especialmente os relativos à conceituação da união estável, aos alimentos e à meação, sobrepõem-se aos dispositivos símiles tratados na Lei 8.971/94, nos seus

artigos 1º e 3º. No entanto, permanecem em vigor as disposições da Lei anterior, relativas ao direito de herança do companheiro sobrevivente e de usufruto, já que a Lei posterior se limitou, no plano sucessório, ao reconhecimento do direito de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, e nada mais.

É fato que há uma igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros em termos de direitos adquiridos, em função do reconhecimento da união estável consagrado pela Constituição Federal de 1988 e pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. Ocorre que o novo Código Civil (Lei nº. 10.406/2002) inovou a matéria relativa à união estável como um todo. Pode-se dizer que melhorou em alguns aspectos, mas relativamente à sucessão, será que o tratamento diferenciado dado pelo legislador para cônjuge e companheiro não representa um retrocesso após tantas conquistas?

2 A SUCESSÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Novo Código Civil no ordenamento jurídico pátrio, após décadas de discussão no Congresso Nacional, apresentou como uma das grandes novidades a incorporação da união estável na seara de institutos regulados pelo referido diploma legal, nos Livros IV e V (Direito de Família e Sucessões, respectivamente). O tratamento dado à união estável está contido nos artigos 1.723 a 1.727. Além disso, aparece também no artigo 1.694, na parte que trata dos alimentos, e nos artigos 1.790, 1.797, 1.821 e 1.844, que disciplinam sobre a sucessão hereditária.

Questão conflitante acerca da regulação do Novo Código Civil em sede de união estável diz respeito à revogação ou não das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Nessa senda, sem embargo dos doutos pensamentos contrários, há o entendimento da maioria da doutrina, destacando-se Venosa (2007) e Oliveira (2003), de que o Novo Código Civil revogou inteiramente a Lei n. 8.971/94. A lei posterior revogou a anterior ao tratar inteiramente da mesma matéria. Logo, aplicar-se-á apenas o Novo Código Civil, permanecendo em vigor tão-somente o parágrafo único do artigo 7º da Lei n. 9.278/96, quanto ao direito real de habitação do supérstite sobre o único imóvel residencial dos conviventes ao tempo da morte, matéria esta que não foi mencionada pelo legislador do Novo Código Civil, conforme será tratado neste capítulo do presente trabalho.

2.1 Objeto da sucessão e o artigo 1.790 do Novo Código Civil

Inicialmente, há de ser destacado que, na união estável, antes da entrada em vigor do novo Código Civil, havia restrição à participação dos companheiros no patrimônio adquirido durante a união e a título oneroso. Denota-se que, por força dos artigos 1.790 e 1.845 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 (CC, artigos 1.845, 1.846, e 1.857), ressalvado, conforme o caso, ao companheiro sobrevivente o direito de meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Quanto aos bens derivado de fato eventual e os frutos dos bens particulares adquiridos no período compreendido antes da entrada em vigor do Novo Código Civil, não se estendiam em favor da reunião patrimonial entre os companheiros. Entretanto, se esses mesmos bens e frutos forem adquiridos após 2002, será objeto de meação entre os companheiros, por força do disposto no art. 1.725 do novo diploma legal. Percebe-se aqui uma vantagem para as relações de união estável. Aliás, umas das poucas verificadas após a implantação do Código de 2002.

Os bens adquiridos antes da união estável não podem ser objetos do contrato de convivência e ser celebrado entre os companheiros, porque esse tem por objetivo principal afastar a presunção de condomínio na constância da união, nos termos do artigo 5º da Lei 9.278/96. Tal raciocínio também é aplicável mesmo depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, já que seu artigo 1.725 apenas faz referência de que deverá ser aplicado às relações patrimoniais da união estável, “no que couber”, o regime da comunhão parcial de bens, e apenas esse.

No plano sucessório, o Novo Código Civil trata do direito do companheiro sobrevivente no artigo 1.790, no Capítulo das disposições gerais do Livro referente ao Direito das Sucessões. Em primeira análise, merece reparo essa colocação da matéria fora do Capítulo referente aos sucessores legítimos. Não se sabe exatamente qual foi a intenção do legislador, pois o correto seria constar do título da Sucessão Legítima, no capítulo sobre a ordem de vocação hereditária, que abrange os descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais, pelo fato do companheiro também ter direito à herança, ainda que de forma distinta daquela prevista para o cônjuge, mas não pode ser excluído da qualidade de sucessor legítimo, em determinadas circunstâncias.

Nesse sentido, merece reflexão o posicionamento de Venosa (2007), aludindo que o Novo Código Civil é absolutamente inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros, ao traçar em apenas um único dispositivo o assunto, ainda mais fora do contexto. Observa-se igualmente a posição de Garcia (2007), explicando que a referida norma trata de forma muito pontual o assunto, dentre os múltiplos aspectos inerentes à vasta temática da sucessão da união estável. Dá-se a impressão de que o legislador atuou com excesso de cautela em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, provavelmente com o intuito de evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária.

Fazendo-se valer por este dispositivo, muda-se substancialmente a posição do companheiro no direito sucessório. De plano, destaca-se que, pela redação do Código, o companheiro não terá qualquer participação na herança relativa a outros bens, adquiridos antes ou havidos graciosamente, desde que de forma unilateral (herança ou doação), pelo autor da herança. Sobre os bens comuns, terá direito à meação, pelo regime legal da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito, conforme se depreende do artigo 1.725 do código atual.

2.2 Da concorrência com descendentes

Dentre os direitos decorrentes da união estável, a herança foi o que mais sofreu alterações em relação às leis anteriores. No entanto, há de se analisar igualmente que decaiu o direito de usufruto, justificando-se pela participação do companheiro na herança atribuída aos descendentes e ascendentes, passando a ser tratado como modalidade de direito de propriedade. Há um favorecimento aos companheiros nas disposições dos incisos I e II do artigo 1.790, que os colocam em concurso na herança com descendentes do falecido, tal como se reconhece ao cônjuge sobrevivente.

Tendo como base as abordagens já realizadas, passa-se a análise da sucessão nas hipóteses de haver filhos comuns e não-comuns. Primeiramente, há que se conjugarem as disposições dos incisos I e II do art. 1.790, ou seja, ao companheiro caberia cota equivalente à dos filhos comuns e que fosse, ao mesmo tempo, de metade do que coubesse aos filhos não-comuns. Ocorre, entretanto, que eles são incompatíveis entre si, em vista da necessidade de igualdade de quinhões entre os filhos. Comparando-se à situação do cônjuge sobrevivente, percebe-se que, além de o cônjuge ter passado a figurar como herdeiro necessário, também passou a concorrer com as duas primeiras

classes preferenciais, ou seja, com os descendentes e os ascendentes, nesta ordem. Tal disposição substitui o usufruto vidual, e com grandes vantagens, pois agora o cônjuge tem não apenas o usufruto, mas direito a parte da herança. Entretanto, é importante salientar que tal inovação só se aplica às sucessões abertas após a vigência do novo Código, ou seja, se o *de cuius* faleceu após 11 de janeiro de 2003.

Pela nova disposição legal, o cônjuge herda juntamente com os descendentes, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Ou seja, herda o cônjuge se for casado com regime de separação total. Veja-se que se o casamento tiver sido celebrado pelo regime da comunhão parcial, e o falecido não possuía bens particulares, o viúvo deixa de participar da herança, ressalvado seu direito à meação; mas se o único bem particular, adquirido antes do casamento, for uma linha telefônica, o cônjuge sobrevivente recebe, além da meação que já lhe é destinada, uma parcela sobre todo o acervo, inclusive daquele que é meeiro. E nesta mesma situação com apenas uma linha telefônica adquirida anteriormente ao matrimônio, se o regime adotado for o da comunhão universal, o cônjuge recebe a meação também sobre o telefone, mas fica privado da concorrência na herança sobre a integralidade do acervo hereditário.

Observe-se que a lei faz errônea remissão ao art. 1.640, parágrafo único, sendo que o texto referente ao regime de separação obrigatória está agora no art. 1.641. O pressuposto da lei para a limitação quanto ao regime é de que, havendo comunhão ilimitada, que é evidenciada no regime de comunhão universal, embora neste também haja bens excluídos da comunhão, como no caso de inclusão de cláusula de incomunicabilidade a determinados bens do patrimônio comum, e no regime de comunhão parcial em que não haja bens particulares do *de cuius*, não tem o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes. Esqueceu-se o legislador, contudo, de que também no regime de participação final nos aquestos pode haver comunhão ilimitada.

Nos termos do art. 1.832, 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. Então, se houver mais de quatro descendentes concorrendo por cabeça, não haverá igualdade de quinhões. O cônjuge herdará uma quarta parte, sendo as três restantes divididas por cabeça entre os

descendentes. Note-se que isto só ocorrerá se o cônjuge for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer. Havendo herdeiros não descendentes seus (ainda que em concorrência com outros descendentes), sua cota será sempre igual à deles. O fato do cônjuge passar a ser considerado herdeiro necessário (art. 1.845), significa dizer que não pode mais ser afastado da sucessão por mero capricho do *de cujus*, simplesmente testando em favor de terceiro. Somente por meio da deserdação poderá o testador afastar seu cônjuge da sucessão.

2.3 Da concorrência com ascendentes

O Novo Código Civil não faz referência expressa sobre a concorrência do companheiro com os ascendentes do *de cujus*, de modo que se aplica a regra do inciso III do artigo 1.790, valendo a mesma regra da concorrência com os outros parentes sucessíveis. De qualquer forma, percebem-se claramente as desvantagens do companheiro, a começar quando não houver filhos comuns, tendo que se submeter a receber apenas a metade do que couber aos não-comuns. Sem falar na concorrência com outros parentes sucessíveis, entre os quais se encontrando os ascendentes. Nesse sentido posiciona-se Venosa (2007):

[...] O companheiro ou companheira somente terá direito à totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis. Isso quer dizer que concorrerá na herança, por exemplo, com o vulgarmente denominado tio avô ou com o primo irmão de seu companheiro falecido, o que, digamos, não é uma posição que denote um alcance social, sociológico e jurídico dignos de encômios. Muitos sustentam com veemência que o art. 1.790 ofende a Constituição, colocando os conviventes em situação inferior aos unidos pelo casamento.

Na ordem da vocação hereditária, o direito à adjudicação da herança pelo companheiro nasce apenas quando termina o direito dos ascendentes e dos colaterais do *de cujus* -- mas com estes, antes, concorre com direito a um terço. A mesma linha de raciocínio se aplica ao inciso III do artigo 1.829, inviabilizando o companheiro de ladear o cônjuge na ordem da vocação, pois excluiria os colaterais (que só vêm no inciso seguinte, n. IV) e se chocaria com o inciso III do artigo 1.790.

Na situação dos cônjuges, não havendo descendentes, herdamos os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Na forma do artigo 1.836, § 1º, na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

Havendo igualdade em grau, mas diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna, conforme prevê o parágrafo 2º do mesmo artigo. Aqui a lei não faz distinção quanto ao regime de bens do casamento. Em qualquer regime o cônjuge tem direito à concorrência na sucessão. Nos termos do art. 1.837, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; mas lhe caberá a metade da herança se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

2.4 Da concorrência com demais parentes sucessíveis

Não se compreende porque o companheiro deve se sujeitar à concorrência dos demais parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais até o quarto grau. Evidencia-se aqui um retrocesso no critério do sistema protetivo da união estável, pois no regime da Lei 8.971/94 o companheiro recebia a totalidade da herança na falta de descendentes ou ascendentes. Ademais, levando-se em conta a letra fria da lei, a redação do artigo 1.790 nos permite questioná-la sua constitucionalidade, uma vez que aloca o companheiro em uma posição jurídica inferior ao cônjuge. O princípio constitucional da igualdade impõe considerar todas as espécies de entidades familiares em um mesmo patamar. Portanto, se o cônjuge é herdeiro necessário e privilegiado, como fazer com a situação do companheiro? Não há formas de equilibrar a situação, a não ser mudando a redação desse confuso artigo.

A questão é controvertida, seja pelo aspecto do indevido rebaixamento da capacidade sucessória do companheiro, seja pela má redação do artigo em discussão. Enquanto o *caput* faz referência somente aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, o inciso IV diz que, na falta de parentes sucessíveis, o companheiro recebe a totalidade da herança. Embora o inciso deva ser interpretado em consonância com o *caput* do artigo, sempre paira alguma dúvida sobre a extensão do conceito de herança.

Oliveira apud Nery Junior (2003), critica a falta de técnica legislativa e sugere uma interpretação que favoreça os interesses dos companheiros, em atenção ao que teria sido a real intenção do legislador:

O CC 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 na vigência da união estável, nada dispondo sobre os bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se

indagar se, em face da limitação do CC 1790 caput, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida à Fazenda. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 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 (CC 1790 IV), fugindo do comando do caput, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não contar do rol do CC 1829, a qualidade sucessória do companheiro é do sucessor legítimo e não de testamentário.

Acompanhando o raciocínio do ilustre doutrinador, conclui-se que, na falta de descendentes ou ascendentes, a herança deve ser atribuída na sua totalidade ao companheiro sobrevivente. Há outra questão controversa. Trata-se de uma afronta contra a dignidade do companheiro sobrevivente a disposição do inciso III do artigo em discussão, visto que premia eventuais colaterais que, normalmente, não participam ou, quando muito, permanecem distantes do convívio com o *de cujus*, ao contrário do companheiro, com quem mantém estreita relação no dia-a dia. Tal injustiça não atende aos fins sociais do direito, voltados para o desenvolvimento pleno, justo e digno da sociedade por ela regulada.

2.5 Da sucessão do companheiro

E os companheiros? Vimos que o art. 1.790 limita a sucessão aos bens adquiridos na vigência da união estável. Esse fato mostra a confusão que o legislador fez entre sucessão e meação. Veja-se o absurdo desta regra: não tendo o *de cujus* deixado nenhum outro herdeiro sucessível, o companheiro recolherá todos os bens adquiridos na constância da união a título oneroso, e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública. Não obstante a confusão, prevalece ainda a distinção, já que o art. 1.725 é claro em falar do regime de bens na união estável. Não vemos incompatibilidade entre as duas disposições. Nada impede que o companheiro tenha direito à meação e à herança. Mas esta será sempre sobre os bens adquiridos na constância da união a título oneroso.

Uma alternativa válida para os companheiros que desejam a comunhão dos bens particulares adquiridos antes da união, seria valerem-se do instituto da doação, observando-se, é claro, todas as formalidades previstas em lei para a utilização desse instrumento. Assim, quando chegar à época da sucessão, não haverá discussões acerca do detentor do patrimônio deixado pelo *de cujus*. Compartilham dessa possibilidade a maioria da doutrina, segundo Oliveira (2003):

Quanto aos bens anteriores ao início da convivência, impossível que se comuniquem de um companheiro ao outro por mero contrato escrito. A tanto não vai a eficácia desse ato, por não equivaler ao pacto antenupcial da comunhão geral de bens dos casados. Se desejada a comunhão nesses bens, preciso será que os companheiros celebrem, o ajuste adequado, mediante instrumento de doação, com as formalidades e requisitos próprios do ato (escritura pública, em se tratando de imóveis).

Num aspecto, porém, apresenta-se vantajoso o direito sucessório do companheiro em relação ao do cônjuge viúvo. Para o primeiro, há a cumulação dos direitos de meação e herança, já que o artigo 1.790 do Novo Código Civil faz referência a direito, não expressa quais, sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência. Diversamente, o cônjuge sobrevivente só terá direito a concorrer na herança com ascendentes e descendentes se não foi casado com o falecido no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares, como já fora analisados.

Portanto, sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência o companheiro já é meeiro, por força do regime da comunhão parcial de bens previsto no artigo 1.725, que foi inspirado no artigo 5º da Lei 9.278/96 (condomínio), salvo nas hipóteses de contrato escrito que disponha de forma diversa. Há quem sustente que parece uma demasia esse favorecimento maior do companheiro em relação ao cônjuge, pois, além da meação sobre tais bens, tem ainda percentual na herança atribuível aos descendentes ou aos ascendentes. A título de ilustração, considere um companheiro falecido que deixe um único bem adquirido onerosamente durante a convivência, com um herdeiro filho: a companheira receberá 50 % do bem pela meação e mais 25 % pela concorrência na herança com o filho. Caso o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge viúvo teria direito apenas a 50% pela meação, restando os outros

50% para o herdeiro filho. De resto, não constam mais vantagens em favor do companheiro. Por isso, deve-se enaltecer o clamor de doutrinadores e juristas para que sejam alteradas as disposições.

3 O PROJETO DE LEI n° 6.920/2002 E AS NOVAS TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

O projeto de Lei 6.960/2002, de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiúza, prevê a alteração de diversos artigos do Código Civil em vigor, inclusive o artigo 1.790, de tantas interpretações discutíveis, consoante abordadas no presente trabalho. Talvez afinado com este mesmo pensamento é que o Poder Legislativo, por meio do Projeto de Lei n° 6.920/2002, pretende modificar não só a redação do artigo 1.790, mas também o conteúdo do direito ali depositado, acrescentando ao artigo o parágrafo único, que reedita a norma relacionada ao direito real de habitação, conforme havia estabelecido a Lei n° 9.278/96, porém de forma mais adequada, uma vez que corrige as imprecisões contidas no dispositivo da referida Lei, estabelecendo que o direito em tela só seria reconhecido na hipótese de ser o único destinado à residência da família.

Constata-se que a nova redação proposta ao artigo 1.790, *caput* e incisos, deixa de se restringir aos bens onerosamente adquiridos na constância da união estável, passando, portanto, a ser genérica, ou seja, não faz mais distinção quanto às diversas modalidades de bens, formas e momentos de sua aquisição. Isso com certeza torna a repartição da herança mais justa, qualificando o papel do companheiro na relação.

Com relação a situação da herança quando o *de cuius* não deixar descendentes nem ascendentes, dispõe a nova redação proposta ao inciso IV do art. 1.790 que o companheiro supérstite terá direito à totalidade da herança. Isso quer dizer que o legislador atentou-se para a correta e justa orientação já prevista na Lei 8.971/94, artigo 2°, inciso III. De acordo com essa redação proposta, o parágrafo único do artigo 1.790 passa a tratar sobre o mesmo tema constante do anterior parágrafo único do artigo 7° da Lei 9.278/96. Portanto será dissolvida a discussão acerca do direito real de habitação.

Sobre as alterações, salienta Venosa (2007, P.137):

[...] Finalmente, elimina-se a injustiça de se ter o companheiro sobrevivente concorrendo com colaterais até o quarto grau: na falta de descendentes e ascendentes, o sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Urge que esse

texto seja aprovado, pois a redação original do artigo é retrógrada, para dizer o mínimo. O projeto também sustenta o direito real de habitação ao companheiro remanescente, nos termos do ordenamento anterior.

Denota-se, portanto, que essa nova redação faz mais justiça e afina-se com o sistema anterior ao código vigente. Contudo, tal projeto de lei, como se extrai de seu texto, não conseguiu preencher todas as lacunas existentes no instituto da sucessão dos companheiros disciplinado pelo Novo Código Civil. Se for aprovada a nova Lei, o companheiro passará a concorrer com os descendentes do falecido, sejam comuns ou não, sempre com a metade do couber a eles. Não será mais feita a distinção quanto à origem da filiação. Ademais, o mesmo Projeto de Lei, ao propor nova redação ao artigo 2.045 do Código Civil de 2002, que trata , passa a estabelecer a revogação expressa tanto da Lei 8.971/94 como da Lei 9.278/96, passando a matéria em questão ser integralmente regida pelo atual Código.

Infelizmente não há previsão de aprovação do Projeto de Lei 6.960/2002. Conforme informações obtidas no site da Câmara Federal, o Projeto já passou pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Comissão de Defesa do Consumidor, Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, voltou à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados e foi arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno, onde se encontra até o presente momento. Diante de todo o exposto, há de se concluir que se torna imperioso aos operadores do direito que utilizem a prudência e o bom senso, para supri-las de forma a evitar injustiças e desigualdades no âmbito das relações familiares.

No que tange as novas tendências jurisprudenciais, importante analisar recente decisão dos eminentes Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, em agravo de instrumento, que tem por objeto a aplicação do princípio da equidade no que tange a sucessão do companheiro. O acórdão foi proferido em processo de inventário no qual estava sendo requerida a habilitação do irmão da falecida para participar da partilha de bens. Ocorre que o agravado, irmão da falecida, não se configura como herdeiro necessário, conforme o disposto do art. 1.845 do CC, portanto, não pode gozar dos benefícios concedidos pelo art. 1.846 do CC. Ante a inexistência de ascendentes ou descendentes, a sucessão seria deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1.838 do CC. No entanto, o agravante e a falecida viviam em união estável desde

meados de 1995, e o agravado sempre reconheceu a união estável entre sua irmã e o agravante. Mesmo que tenha falecido em fevereiro de 2005, não são aplicáveis ao caso as regras previstas no art. 1.790 do novo Código civil, já que a união estável foi constituída cerca de 10 anos antes do óbito. Nesse caso, penas o companheiro tem direito sucessório, não havendo razão para se cogitar o direito sucessório do agravado, ou dos demais irmãos da falecida. Importante destacar nesta análise a interpretação dos desembargadores acerca do artigo 1.790 do Novo Código Civil. Para eles as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais, vez que a nova lei rebaixou o *status* hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violando os princípios fundamentais da igualdade e dignidade.

Em vista disso foi declarada a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil de 2002 e, por conseguinte, reformada a decisão agravada, para indeferir a habilitação do irmão da falecida, afastando-o da sucessão, bem como a todos os demais colaterais que porventura viessem a requerer habilitação. O agravante levou à apreciação do egrégio Tribunal a questão respeitante ao direito intertemporal, em que busca ver reconhecida a incidência de norma anterior ao Novo Código Civil que assegurava ao companheiro direito na totalidade da herança. Ainda que o artigo 1.787 do atual Código Civil disponha expressamente que a sucessão será regulada pela lei vigente ao tempo da sua abertura, tem-se que examinar a situação jurídica das partes contendoras sob a ótica e os ditames do referido diploma legal, independentemente das razões que levaram ao tratamento diferenciado entre cônjuge e companheira.

Assim, no que respeita à aplicação no caso concreto da regra prevista no artigo 1.790, III, do Código Civil em vigor, há que se reconhecer que o tema exige reflexão, à vista do que dispõe a regra contida no artigo 1.829, III, da mesma Lei. No caso em exame, o ponto central da discussão diz com o direito ou não de o recorrente, na condição de companheiro, herdar a totalidade da herança de alguém que não deixou descendente ou ascendente; se a ele se confere o *status* de cônjuge, ou se lhe impõe as disposições do Código Civil de 2002, onde restou estabelecida, mediante interpretação restritivamente literal, distinção entre cônjuge e companheiro, conferindo àquele privilégio sucessório em relação a este. O tema merece exame, não só sob o prisma da concretude do fato, mas igualmente, e, em especial, diante da proteção que o sistema jurídico pátrio outorga à família, quer seja ela família de fato, ou de direito.

Desta forma, dando-se ênfase ao princípio de igualdade, 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, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Cabe consignar, outrossim, que primar pela aplicação literal da regra prevista no artigo 1.790, III, da nova Lei Civil, além de afrontar o princípio da equidade, viola também o princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Portanto, deve-se primar pela construção de um pensamento baseados na equidade, deixando de conferir odioso tratamento desigual entre cônjuge e companheiro, conferindo proteção legal privilegiada apenas à família constituída de acordo com as formalidades da lei e levando ao desamparo a família constituída pela união estável.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante os princípios da eticidade, sociabilidade e operabilidade, que efetivamente se encontram em destaque no Novo Código Civil, fica comprovado que as normas que integram o art. 1.790, das Disposições Gerais, do Livro IV, reservado ao Direito das Sucessões, merecem urgente revisão. Extreme de dúvida que o princípio da sociabilidade do Direito Civil não se encontra presente no tocante aos direitos sucessórios decorrentes das relações estáveis entre homem e mulher. É extremamente necessário seja modificada a redação do caput do art. 1.790, de modo a permitir que o direito sucessório também seja assegurado aos companheiros que tenham contratado entre si regime de bens diverso daquele previsto na comunhão parcial.

Também merece modificação o inciso IV, do mencionado artigo, para que seja o companheiro sobrevivente chamado a receber integralmente a herança na falta de descendentes ou ascendentes do *de cuius*, inserindo, expressamente, a figura do companheiro no inciso III do art. 1.829. Como depreende-se do presente estudo, andou mal o legislador do novo Código no trato da matéria da sucessão do companheiro, seja pela desigualdade de tratamento em relação ao cônjuge, seja pela limitação da sucessão aos bens adquiridos na constância da união, confundindo assim sucessão com meação.

Quanto ao cônjuge, avançou o legislador no trato da sucessão, podendo-se até mesmo ver exagero nas inovações. Quanto aos companheiros, no entanto, ao estabelecer

as normas inerentes aos efeitos patrimoniais da convivência estável por ocasião da sucessão *causa mortis*, começa pecando pela impropriedade da técnica legislativa, ao inserir a matéria no Capítulo I, reservado para as disposições gerais, deixando de fazê-lo no local adequado que, salvo melhor juízo, deveria ser no Capítulo III, onde se encontram os dispositivos relacionados à ordem de vocação hereditária. Nota-se que em um único artigo, o legislador esgota a matéria, ensejando, por força do vazio legislativo, diversas dúvidas no operador do direito, iniciando-se pela incerteza quanto à manutenção ou não, no que é pertinente às questões da sucessão hereditária, das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96.

Outro contra senso pôde ser constatado no presente trabalho. O Novo Código Civil, no livro reservado ao Direito de Família, mais precisamente no art. 1.725, estabelece que, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Ora, se há na ordem jurídica civil vigente expressa autorização para que os companheiros contratem um regime de bens diverso do previsto na comunhão parcial, parece um equívoco estabelecer que os efeitos patrimoniais sucessórios decorrentes do falecimento de um dos companheiros restrinjam-se aos bens onerosamente adquiridos na constância da união. E se os companheiros optaram por regular suas relações patrimoniais de forma diferente da estabelecida no regime da comunhão parcial de bens? Seria justo privar o sobrevivente da sucessão hereditária no tocante aos bens adquiridos antes do início da união?

A aplicação literal da norma presente no artigo 1.790 parece indicar que o desejo do legislador foi realmente restringir a participação ao patrimônio formado após o início da convivência, o que forçaria, a adoção da solução testamentária quando a intenção dos conviventes fosse a de ampliar o campo de ação das regras sucessórias, já que o contrato escrito pactuado pelos companheiros, definindo regime de bens diverso do legal, efetivamente não pode substituir o testamento, conforme princípio que pontua esta figura jurídica.

Outro ponto que certamente suscitará dúvidas e, portanto, acirrados debates na doutrina e na jurisprudência, consiste, como já citamos antes, em definir se o novo código revogou totalmente as Leis 8.971/94 e 9.278/96, naquilo em que estas regulavam a matéria relacionada à sucessão *mortis causa*. Pela aplicação do princípio da especialidade, estariam revogados os artigos 2º da Lei 8.971/94 e o parágrafo único, do

art. 7º, da Lei 9.278/96, vez que tratam de questões pertinentes à sucessão causa mortis, que agora são expressamente disciplinadas no art. 1.790, do Novo Código Civil.

A prevalecer este entendimento, sem dúvida o companheiro que sobreviver experimentará uma injustificável diminuição no seu patrimônio jurídico, já que os direitos antes previstos nas acima referidas legislações foram revistos e reduzidos pelo NCCB. Antes de 11/01/2003, data de início da vigência da Lei 10.406/2002, sobrevivendo a morte do autor da herança, sendo ele companheiro e não tendo deixado herdeiros necessários – à época descendentes e ascendentes – o companheiro sobrevivente recolheria a herança em sua totalidade, não obstante a existência de herdeiros legítimos colaterais. Esta a dicção que se extraía do inciso III, do art. 2º, da Lei 8.971/94.

Também foi infeliz o legislador quando ao tratar dos direitos sucessórios dos companheiros, não inseriu expressamente o direito real de habitação, antes previsto no parágrafo único do art. 7º, da Lei nº 9.278/96. No silêncio do Novo Código sobre o assunto, entende-se que se encontra revogado o referido parágrafo único e, por conseguinte, afastada do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de deferir ao companheiro, por ocasião da morte do outro, o direito real de habitação. Não fosse o inteligente entendimento jurisprudencial, flagrante inconstitucionalidade estaria afetando a vida dos companheiros.

Talvez afinado com este mesmo pensamento é que o Poder Legislativo, por meio do Projeto de Lei nº 6.920/2002, pretende modificar não só a redação do artigo 1.790, mas também o conteúdo do direito ali depositado, acrescentando ao artigo o parágrafo único que reedita a norma relacionada ao direito real de habitação, conforme havia estabelecido a Lei 9.278/96, porém de forma mais adequada, uma vez que corrige as imprecisões contidas no dispositivo da Lei 9.278/96, estabelecendo que o direito em tela só seria reconhecido na hipótese de ser o único destinado à residência da família. Embora não seja adequada a novidade presente na Lei 10.406/2002 no que se refere à concorrência do cônjuge na legítima dos herdeiros descendentes e ascendentes, se assim optou o legislador, não se vê razão para não se estender o mesmo direito ao companheiro, equiparando-o em definitivo ao cônjuge, quando se tratar de proteção jurídica em razão da sucessão aberta pelo falecimento do outro.

Não se pode perder de vista, ademais, que a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar

sua conversão em casamento, não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros. Tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil (Lei n.º 8.971/94 e Lei n.º 9.278/96). Não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1.790 do CC 2002, cuja sucessão do companheiro na totalidade dos bens é relegada à remotíssima hipótese de, na falta de descendentes e ascendentes, inexistir, também, “parentes sucessíveis”, o que implicaria em verdadeiro retrocesso social frente à evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto da união estável havida até então.

Conforme o hodierno entendimento jurisprudencial deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. Isso produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça, e de garantia da paz familiar. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, para acabar de uma vez por todas a apelação a soluções hermenêuticas que por vezes não se mostram suficientes para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, no seio da família brasileira.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

BRASIL. **Lei 8.971/94**. Vade Mecum. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

BRASIL. **Lei 9.278/96**. Vade Mecum. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novidades no Direito Civil**. São Paulo: Método, 2007.

OLIVEIRA, Euclides de. **União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. São Paulo: Método, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2007.