

# A CONCORRENCIA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO VIÚVOS NO CODIGO CIVIL

*Prof Dr. Fabio de Oliveira Vargas<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar uma situação que frequentemente acontece no mundo dos fatos sociais e ainda não encontra amparo na lei vigente para disciplina de relações familiares: a divisão da herança quando o falecido era casado e mantinha união estável concomitante. Nessa hipótese, comum no cotidiano de famílias brasileiras, não há dispositivo legal que regule a matéria, deixando o caso à mercê das diferentes posições jurisprudenciais encontradas nas cortes do país. Através de análise da doutrina e das decisões judiciais, tentaremos oferecer um panorama desta situação jurídica anômica bem como oferecer uma solução viável para ser aplicada ao problema quando ocorrer concretamente, principalmente após a declaração da inconstitucionalidade do art 1729 do Código Civil em 2017 pelo Supremo Tribunal Federal e pelas recentes decisões proferidas por esta mesma corte, reativando o princípio da monogamia como corolário das relações matrimoniais entre nós.

**Palavras-chave:** casamento, união estável, concorrência sucessória

## 1 ORIGEM E FUNDAMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Sucessão é o ato ou efeito de suceder, a transmissão de direitos, encargos ou bens, sendo um campo específico do direito, onde os bens direitos e obrigações são transmitidos em razão da morte.

Essa possibilidade de alguém transmitir seus bens, por sua morte, é instituição de grande antiguidade, iniciada em Roma, Grécia e Índia, onde a religião predominava e exercia papel importante para a relação familiar. O herdeiro substituía o morto em todas as relações jurídicas, porém, tinha cunho religioso e não patrimonial, o sucessor era continuador do culto familiar, sendo consequência necessária da condição de herdeiro.

Segundo Rodrigues, (2003: p. 4)

A sucessão há esse tempo e durante séculos transmite-se apenas pela linha masculina, ou seja, aos agnados, pois, como o filho é sacerdote da religião doméstica, é ele, e não sua irmã, quem recebe

---

<sup>1</sup> VARGAS, Fabio de Oliveira. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universo, campus Juiz de Fora.

o patrimônio familiar. Aí, portanto, a explicação da regra segundo a qual a herança se transmite ao primogênito varão.

A filha era afastada pelo fato de que ao se casar passaria a integrar a família do marido, perdendo assim os laços familiares de seu pai, e cultuando os deuses da família de seu marido.

O direito das sucessões torna-se mais nítido a partir do direito romano, que além do interesse religioso, na herança havia o interesse dos credores, pois o patrimônio do herdeiro unia-se ao patrimônio do falecido, assim os credores do falecido podiam cobrar os créditos dos herdeiros. E na ausência de herdeiros os credores podiam apossar dos bens em sua totalidade.

Tempos mais tarde os romanos reformularam os direitos sucessórios, o herdeiro recebia o patrimônio inteiro do falecido, assumindo a posição de proprietário, podendo propor ações na defesa dos bens e ser demandado pelos credores, era nomeado um herdeiro pelo ato da última vontade do autor da herança, ou se não existisse herdeiros a lei que os indicava.

## **1.1 Abertura da Sucessão**

O Direito das Sucessões disciplina a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparecimento física da pessoa, as seus sucessores, transferindo-se dentro da família, daí então ordem de vocação hereditária inserida na lei.

A legitimação para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que naturalmente, regular-se à conforme o Código Civil em seu art. 1787 “regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura”.

Assim, é no momento do falecimento que o herdeiro é chamado para suceder, sendo neste, é que se deve demonstrar a sua condição de herdeiro.

Portanto, quando não houver testamento, segue-se a ordem de vocação hereditária legítima, aquela estabelecida em lei, onde defere a herança a pessoas da família do de cujus.

A vocação hereditária estabelecida no art. 1829 do Código Civil,

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se o casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Na lição de Venosa (2006, p. 108), “a ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que aí residem os maiores vínculos afetivos do autor da herança”.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, possibilitou estabelecer a concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro sobrevivente, sem prejuízo da vocação hereditária tradicional do nosso ordenamento jurídico.

Como no mundo contemporâneo o conceito de família esta em transformação o próprio legislador vem dando amparo nas relações estáveis sem casamento, e com seus reflexos no campo patrimonial.

## **1.2 Distinção entre Sucessão e Meação**

É necessário que faça a distinção entre sucessão e meação. A sucessão refere-se ao ato de suceder, independente do regime de bens, é deferida ao cônjuge ou companheiro. Os bens pertencentes ao de cujus são transferidos a título de transmissão gratuita causa mortis.

Já a meação refere-se ao regime de bens, sendo de casamento ou união estável, comunhão universal ou parcial de bens e participação dos aquestos, tendo o sobrevivente direito à partilha dos bens comuns.

A meação do cônjuge, não é herança. Quando a morte de um dos cônjuges desfaz a sociedade conjugal, os bens pertencentes às duas pessoas que foram casadas devem ser divididos.

Ao examinar uma herança em caso de falecimento de pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum o que pertence ao cônjuge sobrevivente, o que não for patrimônio do viúvo ou viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge.

Assim, paralelamente, se o regime de bens e situação patrimonial do falecido o permitir, o consorte sobrevivente comparece no processo também na qualidade de cônjuge-viúvo, para preservar sua meação representada pela parte ideal de 50% (cinquenta por cento) da universalidade dos bens comuns (CAHALI; HIRONAKA, 2006: p. 210).

Dessa forma o cônjuge-viúvo comparece no processo para preservar sua meação de que já é titular, ou, se caso for, para exercer o direito real de habitação, porém só assumindo a qualidade de herdeiro quando convocado.

A herança representa o patrimônio particular do falecido, sendo destinada aos sucessores legais ou instituídos, mesmo que o viúvo não tenha direito a meação, poderá ser convocado para receber a herança do falecido.

## **2 SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE**

### **2.1 Sucessão do Cônjuge Sobrevivente no Código de 1916**

O cônjuge no Código Civil de 1916 foi colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. Por expressa previsão legal, não era considerado herdeiros necessário, mas sim facultativo, podendo ser afastado da sucessão a critério do cônjuge, pela via testamentária bastando que este o dispusesse de seu patrimônio em favor de terceiro.

Não importava o regime de bens adotado no casamento, mesmo com separação total (legal ou convencional, esta contendo expressa previsão de incomunicabilidade em pacto antenupcial), transmitia-se a herança em favor do cônjuge sobrevivente, ainda que não fosse titular da meação, salvo se excluído por disposição de última vontade (CAHALI; HIRONAKA, 2006, p. 208).

Herdava o cônjuge na ausência de descendentes ou ascendentes, sendo que não estivesse separado, se o estivesse, seria excluído da vocação hereditária, somente ocorrendo esta exclusão após o trânsito em julgado da sentença. A separação de fato, ainda que por tempo razoável não excluísse o cônjuge da linha sucessória.

Assim inexistindo herdeiros necessários e independentes do regime de bens adotados no casamento, desde que, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal ao tempo da morte do de cujus, a herança era deferida ao cônjuge sobrevivente.

Com relação aos descendentes e ascendentes como o cônjuge sobrevivente não era considerado herdeiro necessário, não concorria na herança possuindo apenas direito ao usufruto vidual ou direito real de habitação ao viúvo, dependendo do regime de bens do casamento.

## 2.2 Estatuto da Mulher Casada

Para impedir algumas situações extremas, em que o cônjuge poderia ficar completamente desassistido após a morte do consorte o legislador criou a lei 4.121/62, Estatuto da Mulher casada, justamente para proteger essa situação, instituiu o direito à herança concorrente de usufrutos para o cônjuge sobrevivente, conforme versa o art. 1611 parágrafos primeiro:

O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quanta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e a metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus.

Instituiu-se a concorrência do cônjuge varoa, que não fosse casada em regime de comunhão universal, com descendentes e ascendentes, de maneira que a ela caberia o usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus* quando existissem filhos e a metade se, não existindo prole, houvesse ascendentes vivos. O direito real de habitação foi conferido à mulher em relação ao imóvel destinado à residência da família se fosse o único dessa natureza, enquanto não constituísse nova união, desde que casado com o falecido em comunhão universal de bens.

A lei não se importou com o montante da herança. Há o direito de habitação, desde que haja um único bem residencial e seja ele destinado à residência da família. Entende-se que o supérstite deva residir nele só ou com outras pessoas da família (VENOSA, 2006, p.125).

Sendo que este dispositivo legal continua inserido no Código Civil de 2002 em seu art.1831, confere o direito real de habitação independente de qual seja o regime de bens, também não exige que o cônjuge sobrevivente permaneça viúvo para continuar com o direito de habitação.

### **2.3 A Sucessão do Cônjuge no Código de 2002**

Pelo ordenamento demonstrar sucessivamente sua feição pela família constituída em casamento, bem como pela pessoa do cônjuge no direito civil, no que versa a família, a inovação da lei civil ao fazer com que o cônjuge seja reconhecidamente um herdeiro necessário.

Mas, a lei civil, como verifica o decréscimo dos casamentos e a fragilidade das relações, buscou incentivar o casamento, e, para tal, estabeleceu normas mais benevolentes ao cônjuge na sucessão.

Assim o Código Civil de 2002 elevou ao cônjuge situação de herdeiro necessário, além de concorrer diretamente com ascendente e descendente, não poderá ser afastado da sucessão hereditária por testamento do de cujus e na ausência de descendente e ascendente, herdará universalmente e integralmente a herança.

Trata-se de importante inovação a inclusão do cônjuge entre os herdeiros legitimários, amparando-o, dando-lhe uma condição hereditária mais benéfica, considerando-se que o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade entre marido e mulher não são inferiores ao da consangüinidade.

Com essa posição favorável ao cônjuge na atual legislação, além de ser herdeiro necessário, poderá ser ele herdeiro concorrente, em propriedade, dependendo do regime de casamento com os descendentes e ascendentes.

Mantém o direito real de habitação, estendendo-o a qualquer regime de bens, referente ao imóvel destinado a residência da família, desde que seja o único disposto no art. 1831 do Código Civil.

Com relação à sucessão do cônjuge no novo Código Civil de 2002, expõe autores sobre a matéria:

Preleciona Leite (2007):

O Novo Código Civil, como bem ressaltamos estabelece condições favoráveis ao cônjuge. Uma dessas inovações, fora a de elevá-lo ao nível de necessário, como aponta o artigo 1838, recebendo por inteiro a herança na falta das classes anteriores, não podendo ser privado da herança como ocorre hoje, criando também o chamado direito de concorrência. Nesse direito se com ele concorrer com as duas classes anteriores a ele (ascendentes / descendentes), subindo e indo concorrer com elas, em partes iguais se forem descendentes e, sendo garantido 1/4 da herança no mínimo se for descendente seu. Em sendo ascendente o herdeiro, será em três partes e, será metade se for ascendente de 1º grau único ou outro grau. O direito sucessório do cônjuge, quando existem outros herdeiros necessários (ascendentes do falecido), é concorrente, mas, não o é quando existem apenas herdeiros legítimo não necessário ou facultativo, como por exemplo, os apenas colaterais. Neste caso, o cônjuge tem direito exclusivo recolhendo integralmente a herança.

A ordem da vocação hereditária, introduzida pelo artigo 1.829, modificou, substancialmente, a distribuição da herança. Houve, portanto, profunda modificação às normas dos artigos 1.603 e segs. do Código Beviláqua, aproximando-se a nova ordem jurídica às existentes em diversos outros países. Assemelha-se o novo diploma aos códigos italiano, português, espanhol, argentino, chileno, entre outros.

O cônjuge passou a ser herdeiro necessário, cerceando um pouco mais a liberdade de testar do consorte. O art. 1.789, que estabelece poder ao testador de dispor da metade da herança, quando há herdeiros necessários, não visa, tão somente, os descendentes ou ascendentes - o que ocorre até a presente data - mas abrange o cônjuge, que passou a herdeiro necessário.

O cônjuge concorre com os descendentes e com os ascendentes (CATEB, 2008).

Segundo Siqueira e Araújo Junior (2002):

O Novo Código Civil, como bem ressaltamos estabelece condições favoráveis ao cônjuge. Uma dessas inovações, fora a de elevá-lo ao nível de necessário, como aponta o artigo 1838, recebendo por inteiro a herança na falta das classes anteriores, não podendo ser privado da herança como ocorre hoje, criando também o chamado direito de concorrência. Nesse direito se com ele concorrer com as

duas classes anteriores a ele (ascendentes / descendentes), subindo e indo concorrer com elas, em partes iguais se forem descendentes e, sendo garantido 1/4 da herança no mínimo se for descendente seu. Em sendo ascendente o herdeiro, será em três partes e, será metade se for ascendente de 1º grau único ou outro grau.

Nesta mesma seara Carvalho (2005):

O Código Civil de 2002 introduziu diversas inovações quanto ao cônjuge no direito sucessório, estando atualmente na situação jurídica de herdeiro necessário, herdeiro concorrente com descendentes e ascendentes, herdeiro único, conferindo-lhe ainda direito real de habitação e de ser preferencialmente o inventariante. A primeira inovação foi incluí-lo entre os descendentes e ascendentes como herdeiro necessário nos bens e não apenas no direito ao usufruto, não podendo os autos da herança dispor de mais da metade dos bens se for casado, ainda que não possuam descendentes e ascendentes (art. 1845 e 1846), sendo necessário, para exclusão do cônjuge, que existia justa causa que autorize deserdação ou atos de indignidade, não se aplicando o disposto no art. 1850.

Como também mencionado Mota (2008):

Enumeramos as principais alterações introduzidas no direito sucessório com a vigência do Código Civil de 2002 em relação ao cônjuge. A primeira grande inovação foi incluir o cônjuge entre herdeiros necessários, não podendo o autor da herança dispor de mais da metade dos bens, ainda que não possua descendentes e ascendentes (art. 1845 e 1846 do Código Civil) para que exista exclusão do cônjuge é necessário que haja justa causa para a deserdação, indignidade, não se aplicando o disposto no artigo 1850 do Código Civil. Na ausência de descendentes e ascendentes, receberá a herança como herdeiro único na mesma ordem de vocação hereditária estabelecida no Código Civil de 1916, independente do regime de bens (art. 1838 do Código Civil) desde que esteja separado judicialmente (art. 1830, 1ª parte).

No Código Civil de 2002, o cônjuge recebeu tratamento privilegiado no que se refere aos seus direitos sucessórios. Alçado à categoria de herdeiro necessário, concorrerá (obedecidos alguns requisitos) com descendentes e (sem nenhum requisito) ascendentes logo nas primeiras convocações sucessórias, cabendo-lhe,

ainda, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à moradia da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (NICOLAU, 2008).

### **3 UNIÃO ESTÁVEL**

#### **3.1 Diferença entre União Estável e Concubinato**

Durante longo período histórico, a união prolongada entre homem e mulher, sem casamento foi chamado de concubinato. Para os efeitos legais, não apenas eram concubinos os que mantinham vida marital sem serem casados, mas também aqueles que haviam contraído matrimônio não reconhecido legalmente.

Pode-se definir o concubinato em duas espécies, em concubinato não-adulterino substituído pela Constituição Federal como união estável, e o concubinato adulterino, o qual não recebe a proteção do Estado como uma forma de família em razão do princípio jurídico da monogamia.

Segundo Pereira (2001: p. 3):

Os direitos decorrentes do concubinato adúltero não estão no campo do Direito de Família, mas na teoria das sociedades de fato, no direito obrigacional, que encontra respaldo e fundamentação teórica para justificá-lo. Entretanto, a linguagem de grande parte de nossos tribunais, para designar as consequências e efeitos jurídicos de uma união estável, é ainda a de concubinato, ou, quando muito, alternado uma e outra.

A conceituação atualmente da união estável conforme disposto no art. 1.723 do Código Civil é a mesma dada pela Lei 9.278/96, ou seja, sendo definida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição familiar.

### **3.2 Primeira Fase da União Estável antes da Constituição Federal de 1988**

#### **3.2.1 Sucessão dos Companheiros Código de 1916**

O Código Civil de 1916 silenciou sobre os assuntos patrimoniais nas relações concubinárias, porém impunha restrições aos direitos da concubina sobre doações e sucessões causa mortis. Assim a relação homem e mulher como se casados fossem acarretavam propósito de cooperação estabelecendo uma sociedade conjugal de fato, ou seja, uma sociedade de fato.

A legislação impunha sanções a quem mantinha um convívio em concubinato, pois valorava o casamento, ao longo do tempo especialmente à jurisprudência passou a tratar a relação concubinária melhor desde que não fosse adúltera.

Segundo Cahali (2006: p.223):

Conferiu-se direito à indenização decorrente de morte do concubino em acidente de trabalho ou de transporte (Súmula 35 do STF); paralelamente, previram em favor da companheira viúva direitos previdenciários, e até mesmo a possibilidade de adição ao seu do

sobrenome do companheiro (Lei 6.015/73, art. 57, §§ 2º e 3º), e, como grande evolução, admitindo a caracterização de sociedade de fato, a jurisprudência permitiu a partilha de bens adquiridos com o esforço comum durante a convivência (Súmula 380 do STF), esforço esse inicialmente real, comprovando através da participação direta na aquisição, e, ao depois, presumido, pela só assistência recíproca, caracterizada como participação indireta.

O que os tribunais fazia para os companheiros a época, era concedido uma indenização por serviços prestados, em alguns casos concediam a meação dos bens adquiridos, desde que o companheiro conseguisse provar o aporte financeiro (contribuição direta), ou provar que prestou serviços domésticos (contribuição indireta). Não tinha direito a herança, somente à indenização ou meação.

Segundo Pereira (2001, p. 58), “é a partir destes pressupostos básicos, que o concubinato não adulterino passa a ser visto como uma forma de família, que devemos verificar os demais aspectos e efeitos patrimoniais da relação”.

### **3.3 Segunda Fase da União Estável**

#### **3.3.1 Constituição Federal de 1988**

O grande passo, no entanto, foi dado pela atual Constituição Federal, ao proclamar, no art. 226, § 3º. “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A partir daí a relação familiar nascida fora do casamento passou a denomina-se união estável ganhando novo status dentro do nosso ordenamento jurídico (GONÇALVES, 2007: p. 168).

Em virtude da modificação radical do panorama legal a partir da Constituição Cidadã, a proteção que lhe foi conferida a união estável, colocando-a ao lado da instituição do casamento, e a resolução de seus conflitos pelas varas de família e não pela Justiça civil como antes era feito. Observa-se, no entanto, que o tratamento despendido ao casamento e à união estável, apesar de a Constituição tê-los

acolhidos como entidade assemelhada, não foi similar no plano constitucional nem no plano inferior.

Porém, deixou claro que confere à sociedade conjugal posição distinta ao dispor na segunda parte do mesmo parágrafo 3º do art. 266, que a lei deve facilitar sua conversão em casamento.

Tudo isso culminou com a edição das Leis nº 8.971/94 e nº 9.271/96, que regulamentaram as disposições do parágrafo 3º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, após a criação de vários projetos para se pôr fim à celeuma que havia se formado.

### **3.4 Terceira Fase da União Estável**

#### **3.4.1 Estatuto do Companheiro Lei 8971/94**

Somente em 1994, por meio da Lei nº. 8.971/94, reconheceu-se o direito sucessório aos companheiros.

Essa Lei preferiu usar a palavra companheiros, em vez de concubinos para designar os sujeitos de uma relação concubinária, ou, nos termos da CF/88, de uma união estável, é como se essa nova expressão viesse expurgar o preconceito e peso que a palavra “concupino” carrega consigo; é como se redefinisse um outro tipo de relação amorosa que fosse “legítima” (PEREIRA, 2001: p.68).

A Lei 8.971/94 estabeleceu que a união estável só se formasse com o prazo de 05 (cinco) anos, ou quando tivesse prole. Trouxe o direito de alimentos para o companheiro, direito a meação como também o direito à herança.

O companheiro viúvo passou a ser convocado à herança do falecido convivente na falta de descendentes ou ascendentes, assumindo, pois, posição parecida como a do cônjuge, em terceiro lugar na preferência sucessória.

Segundo Gonçalves (2007, p. 169)

A lei n. 8.971/94 ampliou, no art. 2º, III, o rol de herdeiros estabelecido no art. 1603 do Código Civil de 1916 quando determinou a transmissão do patrimônio ao companheiro ou companheira sobrevivente (inciso III), e não aos colaterais, se inexistissem descendentes ou ascendentes. Como requisito, exigia a referida lei à união com pessoa solteira, separada judicialmente,

divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união marital pelo prazo de cinco anos, ou por qualquer tempo, se houvesse prole.

Em 1994 até 1996, a companheira viúva em união estável em concorrência com os descendentes tinha direito a meação e a  $\frac{1}{4}$  da herança como usufruto vidual e não como proprietária enquanto não adquirisse nova união, em condições muito semelhantes a dos cônjuges.

Se não tivesse ascendentes a companheira herdava a totalidade da herança, mas se concorresse com estes a lei concedia a meação e a metade da herança como usufruto vidual.

### **3.4.2 Os Conviventes na Lei n. 9.278/96**

O Legislador substituiu a expressão companheiro por convivente, não havendo nenhuma fundamentação para a referida mudança.

No que se refere ao prazo para configurar união estável, herança e alimentos a nova lei ficou em silêncio, valendo assim a lei n. 8.971/94, com também com relação à meação prevalece o mesmo da lei anterior.

Com o advento da Lei n. 9.278/96 não mais se exigiam todos esses requisitos para caracterização da sociedade de fato, pois o seu art. 1º reconhecia “como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Bastando-se a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, como a formação do patrimônio.

Assim a única novidade trazida pela lei n. 9.278/96 foi em seu art. 7º parágrafo único, conferiu aos conviventes o direito real de habitação como direito sucessório, a esfera da união estável:

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.

Estava assim completada a igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiros em termos de direitos sucessórios.

### 3.5 Quarta Fase da União Estável

#### 3.5.1 Novo Código Civil Lei n. 10.406/02

O novo Código Civil utiliza as expressões companheiro e companheira, adotadas pela Lei n. 8.971/94, como a expressão convivente e também a expressão concubino. Definiu a união estável reafirmando o disposto no art. 1º da Lei n. 9.278/96, deixou o conceito de união estável mais aberto, como bem o fez a lei acima referida. *In verbis*, o art. 1.723:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família.

§ 1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º. As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

§ 3º. Poderá ser reconhecida a união estável diante dos efeitos do art. 1.576.

O Código Civil não menciona que as leis anteriores foram revogadas, porém, na lição de Gonçalves (2007, p.169) “restaram, porém, tacitamente revogadas as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002”.

A sucessão do companheiro sofreu profundas alterações algumas positivas quando seguiram a linha de sucessão do cônjuge outras negativas quando assim não a seguiam. Dispensou o prazo e prole para se constituir união estável, concede alimentos, e ao que se refere à meação permaneceu em silêncio.

Não figura, o companheiro, no rol de herdeiros do art. 1.829 do novo Código Civil, embora seja reconhecido o seu direito em participar da herança de forma concorrente com os descendentes e outros parentes sucessíveis do falecimento, ou, na falta destes, o de receber a totalidade do acervo hereditário havido onerosamente durante o tempo de convivência (AMORIM, OLIVEIRA, 2006, p.172).

A matéria acha-se deslocada no art. 1.790 do Novo Código Civil, informando assim os seguintes critérios do companheiro participar na herança:

A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quando 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.

O Código Civil de 2002 elevou o cônjuge à situação de herdeiro necessário, o mesmo não ocorreu com o companheiro, este não é considerado herdeiro necessário, e, portanto poderá ser afastado da sucessão por testamento e concorrerá com colaterais ficando com 1/3 da herança.

No mesmo entendimento demonstrado face às inovações apresentadas ao companheiro à luz do Código Civil de 2002.

Conforme Carvalho (2005) sobre a sucessão do Companheiro no Novo Código Civil:

O Código Civil de 2002 reconheceu direitos sucessórios ao companheiro, entretanto, não o incluiu no Título II – Da Sucessão Legítima, especialmente no art. 1829, ao apresentar a ordem de vocação hereditária, preferindo referir ao companheiro em dispositivo isolado, no art. 1790, ao tratar das Disposições Gerais, o que, além de discriminar, não é de boa técnica, Não acolheu, entretanto as disposições previstas nas Leis 8.974/94 e 9.278/96 e foi injusto com o companheiro, reduzindo os direitos sucessórios que conquistou e certamente vai gerar muita discussão doutrinária e proposta de emenda à lei. Foi ainda omissivo no caso de participação do companheiro na sucessão se for meeiro de todos os bens, necessitando completar a norma com as disposições previstas nos artigos 1725 e 1829, I, parte final, que referem-se ao cônjuge casado no regime de comunhão parcial de bens.

Novas regras foram introduzidas ao Código de 2002. Primeiramente, cabe destacar que o legislador regulou os direitos dos companheiros em local impróprio, ou seja, no início do livro das sucessões, mas disposições gerais, e não na ordem

de vocação hereditária. O companheiro ocupa uma posição semelhante à do cônjuge sobrevivente.

É bom lembrar que o Novo Código faz distinção entre companheiro e concubino (arts. 1.723 e 1.727), declarando que não se constituirá união estável se ocorrerem os impedimentos para o casamento, e as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Temos: bens havidos na vigência da união, aquisição onerosa, unicamente. Essa é uma consequência do art. 1.725, segundo o qual institui-se regime de bens semelhante ao regime legal, isto é, de comunhão parcial. Assim, a companheira (o companheiro) participa da meação, relativamente aos bens adquiridos na constância da união estável. É justo, portanto, que a companheira participe da meação dos bens, cujo patrimônio ajudou a construir.

O direito da companheira ou do companheiro, quanto à herança, será:  
Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que, por lei, foi atribuída ao filho;  
Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;  
Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;  
Não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (CATEB, 2008).

De acordo com Mota (2008), que tece críticas a sucessão do companheiro:

Em relação a sucessão do companheiro face ao Código Civil de 2002, observamos que este teve um tratamento diverso da relação ao cônjuge, uma vez que regulou a sucessão do companheiro no capítulo das disposições gerais, da sucessão em geral (Capítulo I do Livro V), a sucessão do cônjuge foi regulada no disposto da sucessão legítima, no capítulo da ordem de vocação hereditária (Capítulo I – Título I) isto talvez ao fato de que no projeto original do Código não trazia referência ao companheiro ser relacionado após revisão efetivada pelo congresso.

O novo Código Civil alterou completamente a disciplina da matéria sucessória, o que acarretará enormes prejuízos aos companheiros que vierem a suceder após iniciada a sua vigência.

O caput do artigo 1.790 determina que o companheiro sobrevivente somente participará da sucessão com relação aos bens adquiridos a título oneroso na vigência da união estável. Assim, havendo bens adquiridos antes da união estável, o companheiro não terá qualquer direito sucessório sobre eles, o mesmo acontecendo com os bens adquiridos a título gratuito.

Quanto ao direito real de habitação e o usufruto vitalício foram retirados dos companheiros. É bom ser lembrada a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 4, T. Resp 175862-ES), em que o relator ministro Ruy Rosado de Aguiar considera que o art. 7º da lei 9278/96 não foi revogado, tendo, portanto, a companheira ou companheiro direito real de habitação sobre imóvel destinado à moradia da família.

É importante também ser dito que sempre que o companheiro supérstite participar da sucessão dos bens do companheiro falecido adquiridos a título oneroso, levar-se-á em consideração a existência de filhos, ascendentes ou parentes colaterais, havendo a partilha dos bens (ARAUJO, 2005).

Nesta mesma seara Pires (2008):

Muitas são as situações em que verificamos o companheiro em posição inferior ao cônjuge. Primeiramente e diferentemente do tratamento dado ao cônjuge sobrevivente, nos termos do artigo 1845 do Código Civil, o companheiro não foi eleito herdeiro necessário, ou seja, o companheiro não tem direito à legítima; não possui a mesma garantia que foi dada ao cônjuge que, como herdeiro necessário, faz jus a participar da partilha da metade dos bens do de *cujus*, não podendo ser excluído da legítima nem mesmo por testamento. Outra situação na qual verificamos a posição de inferioridade do companheiro em relação ao cônjuge, está na previsão contida no *caput* do artigo 1790, o qual disciplina que a sucessão do companheiro limita-se aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência. O companheiro, portanto, poderá ficar totalmente desamparado em virtude da morte de seu consorte, especialmente porque o Código Civil é omissivo quanto à concessão do direito real de habitação na sucessão daqueles que vivem em união estável, demonstrando, mais uma vez, a discriminação existente para com o companheiro. No mesmo sentido, temos ainda, a previsão da concorrência do companheiro sobrevivente com colaterais até 4º grau do de *cujus* e só tendo direito à um terço da herança. Verificamos, pois, que se o autor da herança possuir descendentes, ascendentes ou colaterais até o 4º grau e, ainda, se deixou apenas bens adquiridos antes do início da convivência, não adquirindo

nenhum bem a título oneroso durante a união estável, o companheiro sobrevivente nada herdará e a herança será recolhida pelo Município, Estado ou União, dependendo da localização do bem.

#### **4 CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA**

Quanto ao direito à herança, a polêmica maior surge em razão da eventual subsistência formal do casamento do companheiro falecido. Pela literalidade do art. 1830 do Código Civil:

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

Diante deste artigo, mesmo o cônjuge separado de fato, conforme a circunstância poderá permanecer com a titularidade do direito sucessório do falecido.

Quando o legislador assim o dispôs trouxe um problema, uma vez que permite a união estável, ainda que um dos companheiros ou ambos sejam separados apenas de fato pudessem constituir união estável, não sendo difícil uma

situação onde tenham direito a sucessão o cônjuge que estivesse separado de fato do de cujus, e a nova companheira, concorrendo sobre a mesma herança.

O dispositivo legal introduz a discussão de culpa no âmbito do direito sucessório, para apuração da causa da separação de fato, o que se torna inadmissível. Não pode tentar o direito diante do art. 1830, demonstrar que o sobrevivente não foi culpado pela separação de fato. Importa é o fato da separação e não sua causa, pois a autoria culposa não vai restaura a vida em comum e nem refazer os seus vínculos. A prova judicial de que o cônjuge sobrevivente haver sido inocentemente abandonado pelo autor da herança ao sair pesquisando qualquer causa da separação, para caçar culpa de uma decisão unilateral.

Como também não faz sentido a subordinação do direito sucessório do cônjuge a determinado tempo da separação de fato, dois anos, para só depois de o lapso temporal afastar da sucessão do cônjuge sobrevivente.

Na lição de Amorim e Oliveira (2006, p. 103)

Parece exagerado esse prazo bastando que se compare com o prazo de um ano previsto como suficiente para a separação judicial sem culpa (art. 1.572, § 1º do CC, repisando o art. 5º § 1º da Lei 6.515/77), e também para reconhecimento de abandono do lar como causa da separação litigiosa (art. 1.573, inc. IV).

Assim, como o legislador não fez qualquer menção no Código Civil para solucionar a hipótese de concorrência na herança, coube a doutrina buscar soluções.

Primeiramente a que o ex-cônjuge tem o direito a herança dos bens que constituíram juntos durante o casamento, do momento da separação e que uma das partes constituísse nova união, os bens que adquiriu do momento em diante da nova união não integrariam os que eram da época de casados.

Nesta linha de entendimento Gonçalves (2006, p. 179)

Tal proposta harmoniza-se com a orientação traçada pela Lei n. 9.278/96: vivendo uma pessoa com cônjuge, do qual se separa apenas de fato, e, posteriormente, com companheiro, distribuíam-se meações de conformidade com as aquisições havidas durante cada união.

Outra hipótese para solução do conflito seria a revogação da última parte do dispositivo, deixando apenas o essencial: Art. 1830 "Somente reconhecidos o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro não estavam separados judicialmente ou separados de fato".

Ou, dar o direito a quem lhe pertence que esteve com o de cujus até sua morte, e, portanto, o mais justo, estabelecendo direito sucessório ao convivente.

Neste posicionamento Cahali e Hironaka (2006, p. 235)

Caracterizada a união estável do autor da herança, mesmo casado, mas não mais convivendo com o cônjuge, entendemos que este último fica excluído da herança, independentemente das ressalvas feitas no art. 1830, destinando-se sua titularidade potencial ao companheiro. Caso contrário estar-se á privando o partícipe da união estável que, também por previsão legal, é chamado a recolher a herança.

A sociedade está em constante mutação, como também a relação entre as pessoas e a própria família está modificando. Para que a lei cumpra seu papel, ou seja, de reger e estabelecer condutas tem que se inovar e integrar as novas realidades, bem como os operadores do direito interpretar as normas para alcançar a justiça.

Em face da divergência do art. 1830 do Código Civil em virtude da possibilidade da concorrência sucessória entre cônjuge e companheira esboçamos alguns posicionamentos:

Quanto ao disposto no artigo 1830 do Código Civil, concluímos que a questão temporal deve ser repensada para que conseqüências desastrosas possam ser evitadas. Devemos consignar a hipótese de um casal, separado de fato, vir a constituir uma união estável paralela; nesse contexto, perceberemos um conflito patrimonial substancial, e, desta forma, entendemos que essa questão merece ser revista (GALDINI, 2004).

No entendimento de Silva (2003):

Por fim, cumpre, ainda, registrar que constitui indiscutível contra-senso o que fez o legislador ao excepcionar: "salvo prova, neste caso [separação de fato há mais de dois anos], de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente." Consagrou um *kafkiano* absurdo: a presunção da culpa. Ao que se infere da leitura do texto, o ônus da prova é imputado ao cônjuge que se pretende herdeiro. Se separado de fato do *de cujus* há mais de dois anos, a Lei presume que ele foi o culpado da separação e

atribui-lhe o ônus de provar que a convivência com o falecido, tornou-se impossível sem sua culpa. O que ocorreu, neste caso, foi uma inaceitável inversão do princípio da presunção da inocência, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Imprescindível, portanto, o reparo deste complicado e tormentoso artigo do novo Código Civil, o que, salvo melhor juízo, ao menos em termos redacionais não parece demasiado difícil. Bastaria escoimar de sua redação os excessos, deixando apenas o essencial. Eventual emenda poderia reduzir o texto legal aos seguintes termos:

Art. 1830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente ou separados de fato.

Procura-se corrigir, finalmente, a declinação dúplice (“companheira ou companheiro”) que é de todo descabida, refletindo estilo no mínimo duvidoso.

REDAÇÃO ATUAL do art. 1830: *“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”*.

REDAÇÃO PROPOSTA: *“Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato”*.

JUSTIFICATIVA: A previsão, na parte final do artigo, de que o cônjuge sobrevivente que esteja separado de fato há mais de dois anos terá direito sucessório desde que comprove que a convivência se tornara impossível sem culpa sua, traz para o direito sucessório o tormentoso tema da culpa pela separação, o que vai exigir uma dilação probatória no bojo do inventário, onde notoriamente não se admitem questões de alta indagação! Ademais, se comprovada a “inocência” do sobrevivente, e, portanto, caracterizado seu direito sucessório, cria-se o difícil problema de resolver como se repartirá a herança, caso o “de cujus” tenha constituído uma união estável, uma vez que a companheira também será herdeira.

Finalmente, busca-se manter com a proposta o direito sucessório do sobrevivente apenas quando ainda estiver convivendo com o autor da herança ao ensejo do óbito (HIRONAKA, 2001).

Conforme entendimento de Regis (2004):

Mantida a redação atual do Código Civil, as controvérsias poderiam ser facilmente dirimidas, se adotado o entendimento aqui proposto,

qual seja, em resumo: *Quanto ao art. 1.830*: considerar que a alegação da culpa pela separação de fato deve estar embasada em prova produzida em vida do *de cuius*, e sobre a qual teve ele, em tese, a oportunidade de se manifestar. Considerar, ainda, que o dispositivo tem em mira evitar injustiças, as quais certamente ocorreriam se admitisse o total afastamento do cônjuge da sucessão, pela mera separação de fato, sem qualquer exceção.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal admitiu a união estável como “entidade familiar” posta sobre a proteção do Estado. Porém em matéria de sucessão o companheiro passa a ser desprivilegiado quanto ao direito à herança.

Para regulamentar a matéria de sucessão entre companheiros de acordo com o art. 226 § 3º da Constituição Federal, foi promulgada a Lei 8.971/94 e 9.278/96 tentando chegar a patamares similares entre cônjuge e companheiro.

A posição do cônjuge sobrevivente melhorou no que diz respeito à sucessão ampliando-se seus direitos, quanto ao companheiro também houve melhora, mas em matéria de sucessão a lei não garantiu com igualdade de direitos ao companheiro.

Neste sentido embora as alterações no campo do direito das Sucessões trazidas no Novo Código Civil o legislador não permitiu igualar os institutos do casamento e a união estável cuja essência tem o mesmo objetivo constituir família.

Assim, o presente trabalho teve principal discussão o art. 1830 do Código Civil que estabelece condição necessária à obtenção ao direito a sucessão para o cônjuge sobrevivente, porém omisso se ao tempo da morte do de cujus deixou companheiro.

Trazendo ao direito sucessório matéria estranha a este instituto ao mencionar culpa, onde o envolvido encontra-se morto bem como exagero o prazo de dois anos estabelecido na lei.

Deve-se haver uma equiparação entre companheiro e cônjuge, estabelecendo direito sucessório a ambos, assim convocando o companheiro o que lhe é de direito à herança.

Podendo-se revogar a última parte do artigo 1830 e a diminuição do tempo para que seja afastado o ex-cônjuge dos seus direitos sucessórios ainda que a separação seja apenas de fato.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAUJO, Daíze Golnária Garcia de. A Sucessão do Companheiro no Novo Código Civil. Revista Jurídica da Família – V1 N1, 2005. Disponível em <http://www.faminas.edu.br/muriae/editora/RJv1n1>. Acesso em 22 set. 2008.

BRASIL, Constituição Federal. 5ª edição. São Paulo: Rideel, 2007.

BRASIL. Código Civil. 5ª edição. São Paulo: Rideel, 2007.

CAHALI, Francisco José, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões. 2ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.

CARVALHO, Dimas Messias. Sucessão Legítima do Cônjuge e do Companheiro no novo Código Civil. Disponível em <http://www.iptan.edu.br/revista/ar>. Acesso em 23 set. 2008.

CATEB, Salomão Araújo. Da Sucessão Legítima no CCB/2002. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigo-pdf> . Acesso em 22 set. 2008.

GALDINI, João Agnaldo Donizete; JACOB, Cristiane. A vocação hereditária e a Concorrência do Cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido, artigo 1829, I, do Código Civil de 2002. jus navegandi, Teresina, ano 8, n.409, 20 Ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5543> Acesso em: 25 set.2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. O Companheirismo: Uma espécie de família. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões, vol. VII. Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Direito Sucessório Brasileiro. Ontem Hoje e amanhã. 2001. Disponível em <http://advocacia.pasold.adv.br/artigo/arquivo> . Acesso em 25 set.2008.

LEITE, Gisele. Considerações sobre a sucessão do cônjuge e da companheira. Disponível em <http://www.prolegis.com.br/produtos.asp?produto=786> . Acesso em 22 set. 2008.

MADALENO, Rolf. Do Regime de Bens entre os Cônjuges. Del Rey. Belo Horizonte, 2001. Disponível em <http://www.rolmadaleno.com.br> acesso em 07/07/2008.

MINISTÉRIO Público do Amazonas Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no Novo Código Civil,. Disponível em [http:// KJ:mp.am.gov.br](http://KJ:mp.am.gov.br) acesso em 05/08/2008.

MOTA, Indaiá. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. Disponível em <http://www.netlegis.com.br/index.jsp?aquivos=detalhesArtigos> . Acesso em 25 set. 2008.

NICOLAU, Gustavo René. Direito Sucessório do Cônjuge. Disponível em <http://www.reclamado.com.br/> . Acesso em 23 set. 2008.

OLIVEIRA, Euclides Benedito, AMORIM, Sebastião Luiz. Inventários e Partilha: Direito das Sucessões Teoria e Prática. 20ª edição. Universitária de Direito, São Paulo, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável de acordo com o Novo Código Civil. 6ª edição. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.

PIRES, Mariana Baptistão. O Regime Jurídico dispensado ao companheiro à luz do Código Civil de 2002. Disponível em [http://www.fibbauru.br/jornada\\_2008/artigos](http://www.fibbauru.br/jornada_2008/artigos). Acesso em 22 de set. 2008.

REGIS, Mario Luiz Delgado. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. Disponível em <http://www.jfpb.gov.br/esmafe/pdf-Doutrina>. Acesso em 23 set. 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. 26ª edição Saraiva. São Paulo, 2003.

SILVA, Marcos Alves. Da Culpa e Castigo de Sucessão Conjugal. Uma análise do artigo 1830 do Código Civil. Jus navegandi, Teresina, ano 9, n. 825, Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7394>. Acesso em 23 set. 2008.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti; ARAÚJO JÚNIOR, João Batista de. O cônjuge e o direito sucessório face ao novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3516>>. Acesso em: 25 set. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. 6ª edição. Atlas S.A São Paulo,2006.