

O DIREITO SUCESSÓRIO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

MARIA ARACY MENEZES DA COSTA

*Juíza de Direito aposentada. Advogada. Mestre em
Direito pela PUCRS. Doutoranda em Direito pela
UFRGS. Professora de Direito Civil — Família
e Sucessões — na Escola Superior da Magistratura
do Rio Grande do Sul, na Faculdade de Direito
da PUCRS. Advogada. Membro do IARGS,
IBDFAM e da ABMCJ. BRASIL*

I — MODIFICAÇÕES TÓPICAS DO MODELO SUCESSÓRIO QUANTO AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

1. Inclusão do cônjuge como herdeiro necessário

De acordo com o Código Civil de 1916, no seu art. 1.721 ⁽¹⁾, são herdeiros necessários, para os quais se deve obrigatoriamente reservar a *legítima* (50% dos bens do *de cujus*) somente os descendentes e os ascendentes.

⁽¹⁾ Art. 1.721 do Código Civil de 1916: “O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (...)”

O Novo Código Civil ⁽²⁾, no art. 1.845 ⁽³⁾ — sem correspondente no Código anterior ⁽⁴⁾ —, dispõe que o cônjuge passa a integrar o rol dos herdeiros necessários. Tal determinação, no entanto, somente inclui o cônjuge, silenciando a nova lei a respeito do companheiro(a) na União Estável.

2. Participação do cônjuge como herdeiro concorrente com descendentes e ascendentes, com eles dividindo a herança

O novo art. 1.829 ⁽⁵⁾ provoca modificação radical na ordem da vocação hereditária. No entanto, esse dispositivo não se aplica quando o falecido era casado sob o regime da comunhão universal, ou se na comunhão parcial não deixou bens particulares, ou ainda na separação obrigatória de bens (ver item II-A, 2). No sistema anterior, o cônjuge só é chamado se não houver descendentes nem ascendentes, conforme dispõe o art. 1.603 ⁽⁶⁾ do Código de 1916.

3. Inclusão da companheira(o) como herdeira(o) concorrente com os demais herdeiros — mas somente quanto aos bens adquiridos onerosamente e na vigência da União Estável (art. 1.790 ⁽⁷⁾)

Embora concorra com os demais herdeiros, tanto necessários (descendentes e ascendentes) como facultativos (colaterais), — essa participação da(o)

⁽²⁾ Novo Código Civil Brasileiro. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extra-vagante*. Coord. Giselle de Melo Braga Tapai. Prefácio do Prof. Miguel Reale. 2.^a ed., revista e ampliada, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

⁽³⁾ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁽⁴⁾ Código de 1916 — Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, que instituiu o Código Civil.

⁽⁵⁾ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou, se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; ao cônjuge sobrevivente; aos colaterais.

⁽⁶⁾ Art. 1.603 CC 1916: “a sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I — aos descendentes; II — aos ascendentes; III — ao cônjuge sobrevivente; IV — aos colaterais; V — aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.”

⁽⁷⁾ Art. 1.790 NCCB: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: 1 — 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

companheira(o) se dá tão somente quanto aos bens adquiridos onerosamente e na vigência da união estável.

Pela nova lei, a(o) companheira(o) participará da divisão da herança, concorrendo com os demais herdeiros, sejam descendentes, ascendentes ou colaterais, embora não esteja incluída(o) entre os herdeiros necessários. Registre-se que, no caso do cônjuge, a participação se dá de forma diversificada, seja na distribuição dos valores, seja na ordem do chamamento.

4. Possibilidade de ser nomeada herdeira ou legatária a *concubina* (sic!) de testador casado

A disposição vem contida no art. 1.801, inc. III ⁽⁸⁾, a *contrario sensu*. O artigo determina que não pode ser nomeada herdeira nem legatária a concubina, mas admite a exceção no caso de o testador casado estar separado de fato do cônjuge há mais de 05 (cinco) anos, sem culpa sua.

Três questões se colocam nessa mudança:

- a) possibilidade de ser contemplada a concubina como legatária, diversamente do Código anterior, onde ela era rechaçada de forma total;
- b) o questionamento da *culpa* na questão sucessória. Certamente a discussão não se fará nos próprios autos, pois não se presta o Inventário a discutir questões de alta indagação. Qualquer questão de alta indagação é remetida para as vias ordinárias. E não será de outra forma na discussão da *culpa*. Ademais, a jurisprudência, principalmente do Rio Grande do Sul, tem se manifestado no sentido de afastar a *culpa* da separação judicial, sustentando a mera insuportabilidade da vida em comum como fator suficiente para o fim da sociedade conjugal ⁽⁹⁾. Agora, o Novo

da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III — se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança; IV não havendo parentes sucessíveis, terá direito á totalidade da herança”.

⁽⁸⁾ Art. 1.801: “Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: (...) III — o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos;” Deveriam ter permitido ao companheiro(a), sem a desnecessária explicação.

⁽⁹⁾ Conclusões do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do RS: 27.^a conclusão: “Desde que completado o lapso temporal de separação fática exigido para o pedido de separação judicial litigiosa com causa objetiva ou para o pedido de divórcio descabe postular separação com causa culposa, por falta de legítimo interesse. (Maioria). *JUSTIFICATIVA* A culpa como fundamento do pedido de separação judicial somente se justifica

Código não só "ressuscita" a culpa, como também a joga dentro da questão sucessória!

- c) O prazo de cinco anos, estipulado para caracterizar a União Estável, nos termos da Lei n.º 8.971/94, e que ficou elástico com a Lei n.º 9.278/96, volta absoluto no artigo em tela, para caracterizar o fim de uma sociedade conjugal. A jurisprudência há muito já acolhe a separação de corpos como delimitador do fim da sociedade conjugal, e do regime de bens ⁽¹⁰⁾.

5. Inclusão do companheiro no rol dos excluídos da herança por indignidade (art. 1.814 ⁽¹¹⁾)

Sílvio de Salvo Venosa ⁽¹²⁾, em sua obra sobre Direito Sucessório, diz que quem de qualquer forma concorre para o homicídio, ou tentativa contra o *de cujus* fica excluído de sua sucessão. Defende que o Novo Código acrescentou o homicídio ou sua tentativa dolosa contra o cônjuge, compa-

quando não preenchidos os requisitos para a obtenção da separação com causa objetiva ou para o divórcio. Uma vez estando o casal já separado de fato por tempo superior a um ano, sem que qualquer dos cônjuges tenha tomado a iniciativa do pedido com base na culpa, resta evidenciado o desinteresse em promover a ação sob tal fundamento. Desta forma, com o decurso do prazo, ficando implementado o requisito para idêntica postulação fundada em causa objetiva, resta inteiramente esvaziada de sentido a pretensão à desconstituição do matrimônio com base na culpa, eis que idêntico resultado poderá ser obtido de forma muito mais singela e menos gravosa para ambas as partes e a possível prole. Por fim, não é demais lembrar que o entendimento que aqui se propõe é coerente com a tendência que se verifica no Direito de Família — com evidentes reflexos nas reformas da lei divorcista — no sentido da objetivação das causas de pedir da separação e do divórcio, privilegiando-se o princípio da ruptura, com o conseqüente desprestígio do princípio da culpa, que reconhecidamente não passa de mera ficção jurídica."

⁽¹⁰⁾ Recurso: Agravo de Instrumento — Número: 70000269282. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Ementa: agravo. inventario. exclusão do nome de ex-esposa do herdeiro. com o deferimento da separação de corpos cessam os efeitos do matrimonio. se o casal, posteriormente, vem a levar a efeito o divorcio direto, os efeitos desse — patrimoniais e pessoais — também retroagem a data da decisão que concedeu a separação cautelar — interpretação dos arts. 8 e 25 da lei 6515/77. Data do julgamento: 24.11.99.

⁽¹¹⁾ Art. 1.814: "São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;"

⁽¹²⁾ Direito Civil: direito das sucessões. 3.^a ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 81.

nheiro, ascendente ou descendente, corroborando o sentido ético e moral do dispositivo.

6. Reconhecimento dos direitos sucessórios do cônjuge subordinados não exclusivamente ao casamento (de direito) mas também à vida em comum do casal

Se o cônjuge sobrevivente está separado de fato há mais de 02 anos, não tem direito à herança, exceto se provar que a convivência se tornou impossível sem a sua culpa — art. 1.830 ⁽¹³⁾. Neste caso, mesmo que o tempo de separação seja superior a dois anos, ele herda. Tal dispositivo pode vir a causar grande celeuma, no caso de o falecido ter constituído união estável posterior à separação de fato — o que é permitido na atual legislação brasileira.

Novamente, tem-se a discussão da "culpa" na separação judicial, em visível retrocesso relativamente à jurisprudência mais moderna dos tribunais, conforme já afirmado (Nota 13). Ademais, a discussão se dará necessariamente em processo ordinário, fora dos autos do Inventário, e aparte que deverá provar a culpa do cônjuge supérstite será a Sucessão do falecido.

E presente também o prazo fixo de 02 anos a engessar a relação do casamento, também sem levar em conta a situação tópica em análise. E se o casal estava separado de fato há cinco meses, por absoluta impossibilidade da vida em comum, se houve inclusive uma decisão judicial, uma cautelar de separação de corpos a selar a ruptura da sociedade conjugal, o sobrevivente herda, somente porque não se passaram ainda dois anos?... (Nota 14)

II — A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

A companheira ⁽¹⁴⁾ vai herdar de forma concorrente com descendentes, ascendentes e colaterais. Ela somente vai herdar com exclusividade se não

⁽¹³⁾ Art. 1.830: "Somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente."

⁽¹⁴⁾ Por acordo semântico, sempre quando for utilizada a expressão COMPANHEIRA ou COMPANHEIRO, a Autora está se referendo tanto ao homem quanto à mulher, devendo ser lido COMPANHEIRA OU COMPANHEIRO.

houver nenhum parente sucessível. De qualquer forma, ela disputará apenas os bens adquiridos na vigência da União Estável, e onerosamente.

Dispõe o novo Código Civil:

Art. 1790: “*A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas seguintes condições:*

I — se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II — se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III — se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

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

O Código Civil de 1916 não contemplava a companheira como herdeira; ao contrário, tratava a concubina como impossibilitada de receber inclusive por testamento. Há que se destacar a diferença existente entre “companheira” e “concubina”, sendo que companheira é aquela que vive em união estável, como se casada fosse, e o concubinato, conforme o Novo Código Civil, se constitui pelas relações não eventuais entre um homem e uma mulher impedidos de casar⁽¹⁵⁾. Parece limitada a definição do novo Código, eis que não somente pessoas impedidas de casar podem constituir concubinato: um casal sem impedimento matrimonial podem viver uma relação concubiniária, que não se caracteriza como união estável.

Com relação às duas leis anteriores relativas à União Estável, n.º 8.971/94 e 9.278/96, tem-se que houve, na verdade, com o novo Código, um retrocesso em desfavor da companheira ou companheiro. As duas leis mencionadas concediam aos companheiros, além do direito real de habitação e direito ao usufruto, a herança propriamente dita, sendo que, não havendo descendentes nem ascendentes, o companheiro herdava a totalidade da herança, preferindo aos colaterais.

O novo Código Civil contempla o cônjuge diferentemente do companheiro. Nem um nem outro têm, atualmente, o direito ao usufruto de parte da herança.

(15) Art. 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

E somente o cônjuge tem direito real de habitação. Assim, os arts. 1829 e 1830 determinam que:

Art. 1829: “*A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:*

I — aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II — aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III — ao cônjuge sobrevivente;

IV — aos colaterais.”

O cônjuge continua preferindo os colaterais na herança, herdando a totalidade na falta de descendentes e ascendentes, ao passo que o companheiro sobrevivente, nessa hipótese de não haver descendentes nem ascendentes, não fica com a totalidade da herança, mas a divide com os colaterais. Somente ficará o companheiro com a totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis do falecido. E, mesmo assim, o “caput” do art. 1.790 é bem explícito quando dispõe somente com relação aos bens havidos a título oneroso e na vigência da União Estável. Então, se não há colaterais, e os bens forem anteriores à União Estável, herdará o ente público: Município, Distrito Federal ou União.

Evidencia-se no novo Código Civil Brasileiro, visível tratamento diferenciado entre os institutos familiares do casamento e da união estável, favorecendo o casamento. Para os que entendem as entidades familiares como *gênero*, e casamento e união estável como *espécies*, a distinção se mostra correta e justa. Já para quem faz a leitura constitucional como sendo iguais todas as entidades familiares, a distinção evidenciada no Novo Código Civil é tida como uma inaceitável discriminação.

II.A — Cônjuge

Direito Real de Habitação: Em todos os regimes de bens (art. 1831).
Usufruto: Nada consta.

Herança do cônjuge

1) O cônjuge *não participa* da herança com os descendentes se estiver nas seguintes situações (art. 1.829):

- a) Se casado em regime de comunhão universal de bens.
- b) Se casado em regime de separação obrigatória de bens.

- c) Se casado em regime de comunhão parcial de bens *sem* bens particulares do falecido (anteriores ao casamento, ou posteriores por doação ou herança).
- 2) O cônjuge *concorre* com os descendentes (art. 1832):
- a) No regime de separação de bens pactuado.
- b) No regime de comunhão parcial de bens com bens particulares do *de cujus* (antes do casamento, ou depois, por doação ou sucessão).
- c) No regime de participação final nos aqüestos (art. 1642).

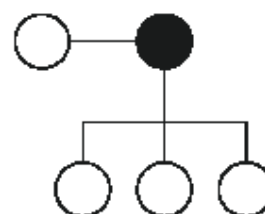
Nas hipóteses 2a), 2b) e 2c) (*concorre*), a herança será partilhada da seguinte forma:

A) Se o falecido deixar

- 1) *até 3 descendentes*, e o sobrevivente for também ascendente dos herdeiros;
- 2) *qualquer número de filhos*, e o cônjuge sobrevivente *NÃO* é ascendente dos herdeiros (art. 1829):

os bens comuns serão partilhados em *quotas iguais* entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente:

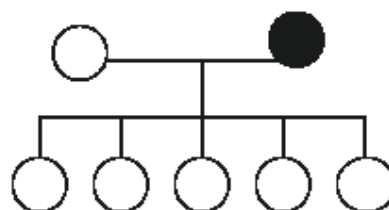
HERDEIRO	QUOTA
Cônjuge	200
Descendente	200
Descendente	200
Descendente	200
TOTAL	800



B) Se, por outro lado, o falecido possuía *mais de três descendentes*, e o cônjuge sobrevivente *é* ascendente dos herdeiros, o viúvo(a) receberá *um quarto*

do valor destes bens. O *restante* será partilhado entre os descendentes do falecido (que também são descendentes do cônjuge sobrevivente):

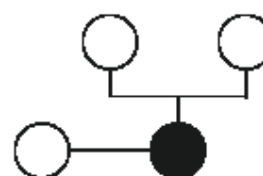
HERDEIRO	QUOTA
Cônjuge	200.000.000
Descendente	120.000.000
Descendente	120.000.000
Descendente	120.000.000
Descendente	120.000.000
Descendente	120.000.000
TOTAL	800.000,00



3) O cônjuge concorre com os ascendentes nas seguintes hipóteses (1837):

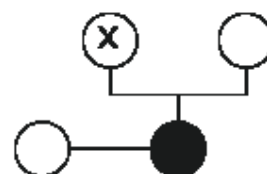
a) Ascendentes de primeiro grau, concorrendo com *ambos os pais* do falecido: o cônjuge sobrevivente receberá *um terço* da herança:

HERDEIRO	QUOTA
Cônjuge	266.666.66
Pai	266.666.66
Mãe	266.666.66
TOTAL	800.000,00



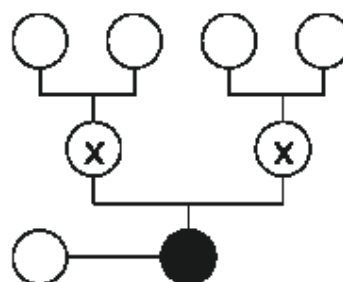
b) Ascendentes de primeiro grau, concorrendo *apenas com o pai ou a mãe* do falecido: o cônjuge sobrevivente receberá *metade* da herança:

HERDEIRO	QUOTA
Cônjuge	400.000
Pai ou Mãe	400.000
TOTAL	800.000



- c) Ascendentes de segundo grau, terceiro grau ou mais: neste caso, o *cônjuge sobrevivente* receberá a metade da herança. O restante será partilhado, por linha, entre os ascendentes em questão:

HERDEIRO	QUOTA
Cônjuge	400.000
Ascendente A	100.000
Ascendente B	100.000
Ascendente C	100.000
Ascendente D	100.000
TOTAL	800.000



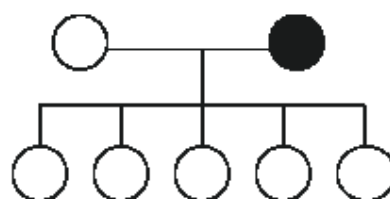
II.B — COMPANHEIRO/A (ARTIGO 1790)

O companheiro/a participará da sucessão do outro somente quanto aos *bens adquiridos* a) *onerosamente*; b) *na vigência da União Estável*, da seguinte forma:

- 1) Se o companheiro/a concorre com os filhos comuns (art. 1790, I):

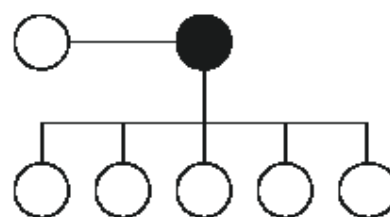
os bens s serão partilhados igualmente (por cabeça), ou seja: o companheiro/a sobrevivente receberá a mesma quota atribuída a cada filho, sejam quantos forem (diferentemente do casamento, em que lhe é garantido no mínimo 1/4 da herança).

HERDEIRO	QUOTA
Companh.	133.333.333
Descendente	133.333.333
Descendente	133.333.333
Descendente	133.333.333
Descendente	133.333.333
Descendente	133.333.333
TOTAL	800.000,00



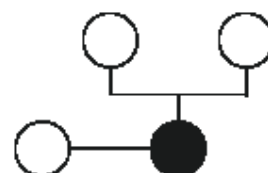
2) O companheiro sobrevivente, se concorrer com descendentes só do autor da herança — art. 1.790, inc. II — (não são filhos do sobrevivente), receberá metade da quota que couber a cada descendente (diferentemente do casamento, em que ele divide por cabeça com os herdeiros descendentes):

HERDEIRO	QUOTA
Companh.	72.727,27
Descendente	145.454,54
Descendente	145.454,54
Descendente	145.454,54
Descendente	145.454,54
Descendente	145.454,54
TOTAL	800.000,00

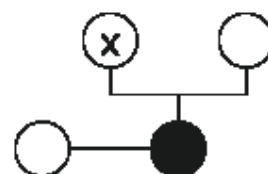


3) Se o companheiro/a concorre com outros parentes sucessíveis — art. 1.790, inc. III — (ascendentes e colaterais), receberá um terço da herança (diferentemente do casamento, onde herda em divisão matemática com os ascendentes, e é chamado antes dos colaterais):

Herdeiros	Quota
Companh.	266.666,66
Pai	266.666,66
Mãe	266.666,66
TOTAL	800.000,00



Herdeiros	Quota
Companh.	266.666,66
Mãe	533.333,33
TOTAL	800.000,00



Herdeiros	Quota
Companh.	266.666,66
Irmão	533.333.,66
TOTAL	800.000,00

4) Somente se não houver parentes sucessíveis, é que o companheiro vai herdar a totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante a constância da união estável.

E os demais bens pertencentes ao falecido, adquiridos antes da união, ou por herança/doação em sua vigência, serão VACANTES!! Essa a leitura nos exatos termos da lei, interpretando-se o inciso IV do art. 1.790 na linha do seu “caput”.

No entanto, se visto isoladamente o inciso em questão, como se fosse artigo autônomo, poder-se ia interpretar que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro herda a totalidade da herança, inclusive os bens adquiridos antes da união, ou na sua constância por doação ou herança. Também seria contemplado o companheiro se feita a leitura em conjunto com o artigo 1.844, quando determina que “Não sobrevivendo cônjuge ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.”

Provavelmente haverá muitas interpretações para os artigos da nova lei, assim como muitas divergências a esse respeito. O certo é que, contrariamente ao que se esperava, não foi prorrogada a “vacatio legis”, e entrou em vigor o Novo Código Civil, que aí está, com imperfeições que, com o tempo, provavelmente serão corrigidas. Até lá, conta-se com o bom senso dos julgadores, que, por seu saber e sensibilidade, não hão de permitir retrocessos.