

## DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Márcia Maria Menin<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO: CONCEITO E HIPÓTESES DE CABIMENTO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Caracteriza-se como legítima a sucessão deferida pela lei através da ordem de vocação hereditária, a qual traduz-se pela escala de preferência dos herdeiros no chamamento à herança.

Referida sucessão terá lugar, via de regra, se o autor da herança falecer *ab intestato*, isto é, sem deixar por testamento suas declarações de última vontade. Não obstante isso, importa ressaltar que a sucessão legítima e testamentária também poderão existir de modo simultâneo. Isto ocorrerá, por exemplo, se o autor da herança dispuser em testamento de apenas uma parcela de seu patrimônio. Nesta hipótese, herdeiros legítimos e testamentários serão convocados para o recebimento de seus respectivos quinhões.

Embora esta seja a principal hipótese de cabimento da sucessão legítima, outras existem de modo a conferir a herança apenas aos herdeiros designados pela lei. Destarte, também caberá sucessão legítima em caso de caducidade, nulidade ou anulabilidade do testamento.

Dá-se caducidade do testamento quando fatos alheios à vontade do testador e posteriores à realização do testamento impedem a sua plena eficácia. Assim, se o herdeiro instituído premorrer ao testador ou simultaneamente a ele; se não se der o implemento da condição a qual estava sujeita a instituição de herdeiro ou legatário; se o herdeiro instituído falecer antes do implemento da condição da qual dependia a herança ou o legado; se houver renúncia da herança por parte do herdeiro ou legatário, ou se for incapaz de herdar ou se for excluído da sucessão. Em caso de renúncia ou pré-morte, sobreleva referir que a sucessão testamentária

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil (USP). Coordenadora da obra "Direito das Sucessões" publicado pela editora Revista dos Tribunais. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte Paulista e das Faculdades Integradas Padre Albino.

se transformará em legítima somente se não houver tido nomeação de substituto testamentário.

Por sua vez, considera-se um testamento nulo: quando celebrado por testador incapaz, considerado este o menor de 16 anos de idade ou aquele que não estava no seu perfeito equilíbrio mental por ocasião do ato de realização do testamento; quando seu objeto for ilícito ou impossível, seja juridicamente, como no caso de legado de coisa certa que não pertence ao testador no momento da abertura da sucessão ou materialmente, como na hipótese de herança ou legado deixado pelo testador, mas que não possuem condições físicas de serem adquiridos pelo herdeiro ou legatário; quando não revestir a forma prescrita em lei, porquanto as formalidades para cada espécie de testamento deverão ser respeitadas seja para um testamento ordinário ou especial; quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade; quando a lei o declarar nulo, como na hipótese do artigo 1.863 do Código Civil que proíbe a realização de testamento conjuntivo, ou ainda na hipótese do artigo 1.802 do mesmo diploma legal que veda favorecimento indireto de determinado sujeito por interposta pessoa.

O testamento anulável apto a ocasionar sucessão legítima é aquele cuja vontade do testador tenha sido acometida de alguma das hipóteses de vício de consentimento tais como, erro, dolo, coação ou ainda se foi realizado com o intuito de prejudicar credor do autor da herança, sendo esta a hipótese do vício social denominado fraude contra credores.

## **2. DOS HERDEIROS LEGÍTIMOS**

Considera-se herdeiro legítimo o sucessor do *de cuius* que tenha sido indicado pela lei através da ordem de vocação hereditária disposta no artigo 1.829 do Código Civil.

A distribuição do acervo patrimonial do falecido é dada por classe de preferência, devendo ser obedecida a ordem hierárquica de parentesco. Para a fixação de tal ordem, o ordenamento jurídico utilizou como parâmetro a presunção de que seria esse o desejo do autor da herança, caso tivesse declarado sua vontade em testamento.

Assim, o artigo supra referido adotou a seguinte ordem de preferência no chamamento à herança: descendentes, ascendentes, cônjuge e colateral até o quarto grau.

Ressalta-se que, com a entrada em vigor do atual Código Civil, o cônjuge não é considerado apenas um herdeiro legítimo, porquanto foi elevado à categoria de herdeiro necessário, assim como os descendentes e os ascendentes. Destarte, a ele deve ser reservada a legítima a qual corresponde à metade do patrimônio do falecido existente no momento da abertura da sucessão, após a subtração, por óbvio, do valor da meação, se houver.

### **3. DAS REGRAS DE SUCESSÃO LEGÍTIMA**

Com a abertura da sucessão, opera-se verdadeira sub-rogação pessoal no acervo patrimonial do falecido, visto que pelo princípio da *saisine* a posse e o domínio da herança serão imediatamente transmitidos aos sucessores do *de cuius*.

Antes que se adentre no critério de convocação dos herdeiros legítimos, importa traçar algumas singelas considerações sobre as nomenclaturas usuais utilizadas por ocasião do estudo da sucessão legítima.

O vínculo de duas pessoas a partir de um ascendente comum denomina-se “linha”. O parentesco por linha divide-se em parentesco em linha reta e em linha colateral. O primeiro se verifica quando as pessoas descendem uma das outras, podendo por isso ser dividido em linha reta ascendente (pais, avós, bisavós, etc.) ou linha reta descendente (filhos, netos, bisnetos, etc.). Por outro lado, o parentesco em linha colateral se dá quando as pessoas não descendem uma das outras, embora possuam o mesmo tronco ancestral comum (irmãos, tios, sobrinhos, primos).

Considera-se grau o número de gerações que separa os parentes.

Pela ordem de preferência indicada no diploma civil, os descendentes serão os primeiros a serem convocados para o recebimento da herança, sendo que dentro de uma mesma classe de parentes o grau mais próximo exclui o mais remoto.

Na linha reta a identificação do herdeiro que sucederá o autor da herança é sobremaneira simples, pois basta contar o intervalo que distancia uma geração da outra.

Assim, na hipótese de existência de filho e neto do falecido, o primeiro é quem será o contemplado com a herança, uma vez que é considerado parente em linha reta em primeiro grau do *de cuius*. O neto do falecido apenas herdará em caso de inexistência de filhos ou se houver direito de representação de seu ascendente que seja pré-morto ao autor da herança.

Na ausência de parentes na classe dos descendentes, a herança será deferida aos ascendentes do autor da herança. Aqui também será aplicada a regra de que o grau mais próximo exclui o mais remoto. Sendo assim, a existência de pai e avô do falecido obsta a concessão da herança ao avô, parente em linha reta ascendente em segundo grau do autor da herança.

Quanto ao parentesco em linha colateral, distinto é o critério para a convocação dos herdeiros do falecido. Para que se identifique qual o parente colateral que será beneficiado com a herança, mister subir até o ascendente comum das pessoas com quem se deve fazer a comparação e depois descer até onde se encontra o parente colateral. Também aqui conta-se um grau para cada geração. Desta forma, tem-se que os irmãos são parentes colaterais em segundo grau, o tio e o sobrinho são parentes colaterais em terceiro grau; e os primos, bem como o tio-avô e o neto-sobrinho são parentes colaterais em quarto grau.

Ressalta-se que, para fins de direito sucessório, considera-se apenas o parentesco colateral até o quarto grau.

### **3.1. Sucessão do descendente**

Os descendentes, como tradicionalmente ocorre, ocupam posição privilegiada na ordem de vocação hereditária determinada pelo Código Civil em vigor.

A previsão legal ocorre em benefício de todos os descendentes *ad infinitum*; ou seja, filhos, netos, bisnetos, trinnetos, tetranetos, sendo que o descendente de grau mais próximo, como dito, excluirá o de grau mais remoto. Assim, primeiro serão chamados a suceder os filhos; na ausência deles, os netos e assim sucessivamente.

Se o autor da herança falecer, deixando apenas filhos, tal patrimônio a eles deverá ser destinado levando-se em consideração o número de filhos, pois neste caso, a partilha dos bens se dará por cabeça,

Ocorrerá partilha por cabeça quando o patrimônio do *de cujus* é dividido em partes iguais destinadas aos herdeiros em razão de direito próprio, ou seja, por se encontrarem no mesmo grau de parentesco.

Desta forma, se o autor da herança tiver deixado cinco filhos, o seu acervo patrimonial será dividido por cinco. Se o falecido apenas tiver deixado netos, o seu patrimônio será dividido pelo número de netos existentes.

Contudo, o artigo 1.835 do Código Civil prevê a possibilidade da ocorrência de sucessão em linha reta descendente se houver parentes que se encontrem em graus distintos, ou seja, permite que a partilha da herança se dê, ao mesmo tempo, por cabeça e por estirpe.

Haverá partilha por estirpe se o quinhão for atribuído aos descendentes em razão de direito de representação do herdeiro pré-morto, indigno ou deserddado em concorrência com os herdeiros da mesma classe e grau.

Destarte, se o autor da herança teve quatro filhos, um deles falecido no momento da abertura da sucessão do pai e se esse filho deixou três descendentes, a herança deverá ser dividida em quatro partes iguais. Cada filho receberá 25% dos bens do falecido e aos netos, descendentes do herdeiro pré-morto, tocará 25% da herança a qual será partilhada entre eles.

### **3.2 Sucessão do ascendente**

Na falta de descendentes do falecido, os ascendentes receberão a totalidade da herança. Também, neste caso, não há restrição do grau de parentesco, uma vez que a sucessão se dará em linha reta infinita, isto é, poderão ser chamados a suceder o autor da herança seus pais, avós, bisavós e assim sucessivamente.

Como se aplica a regra segundo a qual os parentes de grau mais próximo excluem o de grau mais remoto, se por ocasião da abertura da sucessão os pais do autor da herança estiverem vivos, o patrimônio deixado por ele deverá ser dividido

em partes iguais entre seu pai e sua mãe. Neste caso, descarta-se a possibilidade de concorrência sucessória do cônjuge a qual será doravante examinada.

A situação se modifica em caso de inexistência de ascendentes em linha reta em primeiro grau, caso em que a herança será distribuída entre os ascendentes do grau subsequente.

Opera-se, neste caso, modificação do modo de partilha a qual se dará por linha, assim entendida como a linhagem materna e a linhagem paterna quando houver concorrência dos ascendentes do falecido no mesmo grau. Separa-se referida linha paterna e a linha materna, atribuindo a cada uma delas a metade da herança deixada pelo falecido.

Destarte, se o autor da herança tiver deixado vivos uma avó materna e seus dois avós paternos, aquela receberá 50% dos bens do falecido e seus avós paternos receberão, cada um, 25% destes mesmos bens.

Importa ressaltar que, havendo ascendentes em graus distintos, não poderá haver direito de representação por proibição expressa constante no artigo 1.852 do Código Civil.

### **3.3 Sucessão do cônjuge**

#### **3.3.1 Introdução**

Sob a vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge posicionava-se como terceiro na ordem de vocação hereditária, sendo titular dos bens deixados pelo *de cuius* apenas na falta de descendentes e ascendentes.

Durante a vigência do antigo Código Civil, inexistia o sistema de concorrência. Conferia-se ao cônjuge sobrevivente o direito ao usufruto vidual sobre os bens inventariados. Destarte, enquanto durasse a viuvez do cônjuge e se o regime de bens não era o da comunhão universal, o usufruto incidia sobre a quarta parte dos bens do falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, e sobre a metade, no caso de existirem apenas parentes em linha reta ascendente.

O direito real de habitação estaria adstrito ao casamento sob o regime da comunhão universal de bens e se não houvesse outros bens daquela natureza a inventariar.

Na sistemática do atual Código Civil é ampla a proteção conferida ao cônjuge. Ele continua como terceiro na ordem de vocação hereditária; contudo, passou a concorrer com os herdeiros que o antecedem, pode ser contemplado com uma cota maior do que for atribuída a seus filhos pela reserva da quarta parte na herança; possui direito real de habitação e ainda foi elevado à categoria de herdeiro necessário.

A única restrição feita ao cônjuge foi determinada pelo art. 1.830 do Código Civil. De acordo com tal preceito normativo, somente será reconhecido o direito sucessório ao viúvo se os cônjuges não estiverem separados judicialmente ou separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, nesse caso, de que a convivência se tornou insuportável sem culpa do sobrevivente.

Devem ser feitas algumas ressalvas no que concerne este dispositivo. A primeira diz respeito à referência feita aos cônjuges separados judicialmente. Após a entrada em vigor da Lei 11.441/2007, a restrição ao direito sucessório do cônjuge deve também atingir aqueles cuja separação tenha se realizado de modo extrajudicial. A segunda ressalva a ser feita concerne à fixação de excessivo prazo de separação de fato para que o cônjuge não seja considerado herdeiro do autor da herança.

Preceitua o artigo 1.723, parágrafo único, do Código Civil que a união estável poderá se constituir se a pessoa casada se encontrar separada de fato ou judicialmente. Diante disso, situação de difícil solução será aquela em que há o falecimento do cônjuge separado de fato há menos de dois anos e que tenha constituído outra união. Neste caso, surge a questão a respeito da titularidade dos bens do *de cuius*. Não obstante magistério divergente, apenas o companheiro seria o proprietário dos bens do autor da herança, visto que o Código Civil não estabeleceu qualquer prazo de convivência para que se caracterize união estável, mas apenas que ela seja pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituir família. Neste caso, bastaria a não convivência, o que afastaria a discussão da culpa, questão essa sobremaneira ultrapassada, e o prazo.

### 3.3.2 Concorrência do cônjuge com os descendentes

Durante a vigência do antigo Código Civil, conforme anteriormente assinalado, inexistia o sistema de concorrência, visto que ao cônjuge sobrevivente seria conferido o direito ao usufruto vidual sobre os bens inventariados.

Após a entrada em vigor do atual Código Civil o direito ao usufruto sobre os bens do falecido foi substituído pela concorrência do cônjuge sobrevivente na propriedade do acervo patrimonial deixado pelo *de cujus*.

Entretanto, conforme estabelece o artigo 1.829, inciso I, da atual codificação civilista, a concorrência do cônjuge com os descendentes apenas se dará a depender do regime de bens em vigor durante a existência da sociedade conjugal. Ou seja, atualmente o regime de bens importa não apenas para identificar a existência de meação, mas também tem a função de apontar a possibilidade de concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes.

A regra geral instituída pela doutrina majoritária é a de que o cônjuge meeiro não poderá, por tal razão, também ser considerado herdeiro, salvo hipótese de existência de bens particulares no regime da comunhão parcial de bens e no regime da participação final dos aquestos. Justifica-se tal assertiva pelo fato de que, se o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens tivesse o direito à concorrência sucessória sobre os todos os bens, teria considerável vantagem patrimonial se comparado àquele que convolveu núpcias sob o regime da comunhão universal de bens<sup>2</sup>.

Desta forma, pelo exame do inciso I, do artigo 1.829, haverá concorrência do cônjuge com o descendente se o regime de bens vigente durante o casamento for o regime da separação convencional de bens; regime da comunhão parcial ou regime da participação final nos aquestos. Nestes dois regimes, frisa-se, a concorrência sucessória apenas se dará sobre os bens particulares do *de cujus*.

---

<sup>2</sup> Maria Berenice Dias demonstrando entendimento divergente, afirma: “Não dá para aceitar esse raciocínio quando os herdeiros não são filhos comuns do *de cujus* e do cônjuge sobrevivente. É que a herança percebida pelo viúvo, constituída de bens individuais do consorte falecido, não retorna aos sucessores de quem era o seu titular. Quando da morte, o patrimônio que havia recebido é transmitido aos seus herdeiros: novo cônjuge, novos filhos ou, ainda, seus parentes colaterais. Percebem acervo patrimonial que sequer era de propriedade do falecido, pois o titular era o ex-cônjuge.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: RT, 2008, p. 158.)

O critério utilizado pelo legislador para o cálculo do quinhão hereditário do cônjuge dependerá da origem dos descendentes. O artigo 1.832 do Código Civil determina que a herança deverá ser partilhada por cabeça entre os descendentes e o cônjuge, devendo a este, obrigatoriamente, ser reservada a quarta parte da herança, se referido cônjuge for ascendente dos herdeiros com quem concorrer. Com efeito, se o casal possui dois filhos comuns, ao cônjuge caberá o mesmo valor conferido aos seus descendentes, porquanto a herança será dividida igualmente entre os três herdeiros. Entretanto, na hipótese da existência de mais de três filhos, o cálculo não será o mesmo, pois reservada estará a quarta parte da herança ao cônjuge.

Pela interpretação do dispositivo legal em apreço, apenas se considera a divisão por cabeça e a reserva da quarta parte da herança se o cônjuge sobrevivente e o *de cujus* possuírem filhos comuns. Omite-se lei a respeito da possibilidade da existência de filhos exclusivos do autor da herança ou de filhos de origem híbrida, isto é, filhos comuns e exclusivos do *de cujus*.

Neste diapasão, impõe-se que seja feita uma interpretação restritiva do artigo 1.832 do Código Civil, o que significa afirmar que, ao cônjuge sobrevivente, apenas será assegurado o direito à quarta parte da herança se concorrer com filhos comuns com o falecido. Caso haja concorrência com filhos exclusivos do autor da herança ou com filhos de origem híbrida, todos receberão por cabeça, fato que, além de simplificar a partilha do acervo patrimonial deixado pelo falecido, demonstra obediência ao princípio da operabilidade e ao princípio da isonomia com relação quinhões hereditários dos filhos.

### 3.3.3 Concorrência do cônjuge com os ascendentes

Na hipótese da inexistência de descendente, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os ascendentes do autor da herança. Essa prerrogativa conferida ao cônjuge, por sua vez, cônjuge independerá do regime de bens adotado no casamento.

Conforme determina o artigo 1.837 do Código Civil, o quinhão conferido ao cônjuge levará em consideração o grau de parentesco que vinculava o ascendente ao autor da herança.

Assim, se o cônjuge concorrer com os ascendentes em primeiro grau, ou seja, pai e mãe do falecido, a herança será dividida em cotas iguais, isto é, caberá a cada herdeiro, 1/3 do patrimônio do autor da herança. Caso o autor da herança apenas tenha deixado um dos ascendentes em primeiro grau, a herança também será dividida em idênticas frações, ou seja, terá direito o viúvo à metade dos bens deixados pelo *de cuius*. Se maior for o grau de parentesco, o que acontece quando a concorrência se estabelece, por exemplo, com relação aos avós do autor da herança, caberá ao cônjuge sobrevivente metade do patrimônio deixado, não importando se o falecido tinha na ocasião de sua morte todos os seus avós.

Apenas na falta de descendentes e ascendentes o cônjuge receberá a totalidade da herança. Neste caso, o regime de bens vigente durante o casamento também se demonstra irrelevante para que o cônjuge adquira a propriedade dos bens do falecido.

#### **4. SUCESSÃO DO COLATERAL**

Se no momento da abertura da sucessão, o autor da herança não possuir qualquer parente em linha reta ou não possuir cônjuge sobrevivente, o seu patrimônio será destinado aos colaterais, seguindo a mencionada regra de que o parente de grau mais próximo exclui o de grau mais remoto.

Destarte, se o autor da herança faleceu deixando dois irmãos, a eles será conferida a herança na proporção de 50% para cada um, porquanto a partilha deverá ser feita por cabeça.

Entretanto, nem sempre os quinhões atribuídos aos irmãos do falecido serão idênticos. Conforme preceitua o artigo 1.841 do Código Civil, isto ocorrerá se concorrerem à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, pois cada irmão unilateral apenas herdará a metade do que cada bilateral herdar. Tal fato não ocorrerá, se o falecido houver deixado apenas irmãos bilaterais ou tão somente irmãos unilaterais.

Diante desta situação, multiplica-se os irmãos bilaterais por 2 e os unilaterais por 1 e divide-se a herança pela soma dos resultados alcançados. Aos irmãos bilaterais, serão atribuídas duas partes da herança e ao irmão unilateral, apenas uma parte. Tomando-se como base um patrimônio no valor de R\$120.000,00 e a existência de três herdeiros, dois deles irmãos bilaterais e um deles, irmão unilateral, o patrimônio deverá ser dividido por 6. Aos bilaterais serão conferidas duas porções a cada um, ou seja, R\$40.000,00 e a cada irmão unilateral tocará o valor de R\$20.000,00.

Exceção à regra segundo a qual o parente em grau mais próximo exclui o de grau mais remoto, diz respeito à preferência dada aos sobrinhos em detrimento dos tios que, assim como aqueles, também são parentes colaterais em terceiro grau.

Isto significa que na falta de irmãos, os filhos destes herdarão mesmo em caso de existência de tios do autor da herança. Tal prerrogativa será conferida nas seguintes condições: se apenas concorrerem à herança os sobrinhos do falecido, herdarão por cabeça; aos filhos de irmãos bilaterais, será conferido o dobro do quinhão entregue aos filhos de irmãos unilaterais e, por fim, deverão receber idêntico quinhão se todos forem filhos de irmãos bilaterais ou de irmãos unilaterais.

Como segunda exceção à regra anteriormente descrita, refere-se à possibilidade do direito de representação conferido aos filhos do irmão pré-morto em concorrência com o irmão do falecido. Assim, caso o autor da herança faleça deixando dois irmãos, sendo um pré-morto e se este irmão falecido tivesse dois filhos, o irmão sobrevivente seria titular de 50% dos bens do *de cujus* e, a cada um dos sobrinhos, caberia 25% do acervo patrimonial deixado pelo falecido.

## **5. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO**

### **5.1 Introdução**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 3º, elevou a relação afetiva informal à categoria de entidade familiar, denominando-a, união

estável. Desta forma, o vínculo que primeiramente era considerado tão somente afetivo, passava naquele momento a receber o amparo de um vínculo jurídico.

A despeito do tratamento igualitário oferecido pela Carta Magna, que passou a equiparar os companheiros aos cônjuges, fazia-se necessária lei especial que regulamentasse alguns direitos relativos à sucessão, a alimentos e à meação entre aqueles que viviam em referida união fática. Para tal fim, foram editadas duas leis, quais sejam a Lei 8.971/94 e posteriormente a Lei 9.278/96.

Quanto aos direitos sucessórios, a primeira lei concedia preliminarmente ao companheiro sobrevivente somente o direito ao usufruto dos bens do falecido, porquanto o direito à propriedade do acervo patrimonial deixado apenas ocorreria em caso de inexistência de descendente e ascendente. Em seu artigo 2º, concedia ao companheiro sobrevivente o usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus* se houvesse filhos comuns ou exclusivos do autor da herança. O direito ao usufruto da metade dos bens do *de cujus* ocorreria em caso de inexistência de filhos, mas se vivos fossem os ascendentes do falecido. Em ambas as hipóteses, o direito ao usufruto apenas subsistiria até que o companheiro não constituísse nova união.

A Lei 9.278/96, que apenas derogou a primeira lei, em seu artigo 7º, parágrafo único, impôs o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Tal prerrogativa apenas permaneceria enquanto o companheiro vivesse ou não constituísse nova união. Ressalta-se que este novo direito concedido não excluía o direito ao usufruto dos bens do falecido, passando ambos a existirem simultaneamente. Estes privilégios conferidos à união estável solidificavam tais uniões informais e a credibilidade, por parte de seus integrantes, no sistema jurídico brasileiro uma vez que os direitos dos companheiros passavam a sobrepujar até mesmo os direitos sucessórios dos cônjuges, os quais não podiam, sob a égide do revogado diploma civil, cumular o direito ao usufruto dos bens do falecido com o direito real de habitação.

## **5.2 O direito sucessório dos companheiros no atual Código Civil**

Enquanto o cônjuge obteve consideráveis benesses com a entrada em vigor do Código Civil, o direito sucessório proveniente da união estável pode ser

considerado verdadeiro retrocesso social e sua norma regulamentadora eivada de flagrante inconstitucionalidade por ferir de morte princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros. Atualmente, o companheiro, em contraposição com a situação sucessória do cônjuge não foi elevado à categoria de herdeiro necessário, a ele não foi conferida a reserva da quarta parte na herança e ainda seu direito a concorrência sucessória apenas recairá sobre os bens adquiridos a título oneroso durante a união.

O direito sucessório na união estável encontra-se disposto no artigo 1.790 do Código Civil, onde se encontra o sistema concorrencial e a forma de aplicá-lo.

Conforme preceitua o indigitado artigo, o companheiro participará da sucessão do outro apenas no que diz respeito aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Isso ocorrerá mesmo que os companheiros tenham - conforme prerrogativa conferida pelo artigo 1.725, do atual diploma civil – celebrado contrato escrito adotando regime diverso ao da comunhão parcial, considerado este o regime de bens vigente na união estável em caso de inexistência de negócio jurídico dispendo em contrário. Portanto, mesmo que os companheiros elejam um regime que afaste a comunhão dos aquestos ou ainda, que adotem o regime da comunhão universal de bens, a herança sempre recairá sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

O patrimônio proveniente de doação, herança, bem como os bens particulares ou os sub-rogados em seu lugar, deverão ser subtraídos do quinhão hereditário concedido ao companheiro; isso porque, pelo supracitado artigo 1.725, a união estável sujeita-se, no que couber, ao regime da comunhão parcial de bens.

Tal restrição ao patrimônio adquirido durante a convivência engendra exacerbada desvantagem ao companheiro. Imagine a hipótese de uma união estável prolongada em que o companheiro falecido nada tenha adquirido durante sua vigência, sendo todos os seus bens amealhados em momento anterior à união. Nessa situação, o companheiro sobrevivente nada terá a receber a título de meação e pela norma de direito sucessório em apreço, também não será beneficiado com o acervo patrimonial deixado pelo falecido.

Pela dicção do inciso I, do artigo 1.829, nesta mesma situação o cônjuge supérstite casado sob o regime da comunhão parcial de bens teria ao menos o direito à herança, não restando assim totalmente desamparado. Por tal motivo, melhor seria que este artigo também fosse aplicado aos companheiros.

Por outro lado, poderá haver verdadeira cumulação de direitos, pois, sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, o companheiro sobrevivente já possui direito à meação por força do mencionado artigo 1.725 do diploma civil.

Levando-se em consideração a possibilidade de aquisição de bens apenas durante a união estável, a diferença no trato sucessório existente entre companheiro e cônjuge, torna-se flagrante, fato que acarreta, ademais, a própria diminuição nas cotas dos descendentes com quem o companheiro concorrer.

Assim, se o companheiro concorrer com um filho em comum com o autor da herança, receberá, a título de meação, 50% do patrimônio, somado aos 25% da concorrência com este filho, ou seja, o companheiro receberá 75% do patrimônio deixado pelo falecido. Nesta mesma situação, o cônjuge apenas receberia 50%, a título de meação e o filho herdeiro também seria beneficiado com 50% do acervo patrimonial deixado pelo *de cujus* o que denota, neste caso, maior senso de justiça.

### **5.3 Concorrência do companheiro com descendentes**

O artigo 1.790 do Código Civil, a exemplo do que ocorre com os cônjuges, também diferencia o quinhão hereditário do companheiro a depender da origem dos descendentes.

Embora o inciso I do artigo em questão se refira a filhos, deve-se desconsiderar tal impropriedade técnica legislativa, haja vista que a concorrência sucessória ocorrerá com quaisquer descendentes. Com efeito, se o companheiro concorrer com descendentes comuns se beneficiará com idêntico quinhão que for a eles atribuído; havendo, portanto, a divisão do acervo patrimonial por cabeça.

Por sua vez, se o companheiro concorrer com descendentes exclusivos do autor da herança, terá direito à metade do que cada um receber. Nesta situação, para que se encontre o quinhão do companheiro, multiplica-se o número de filhos por dois e soma-se a parcela do sobrevivente. Aos filhos caberão duas partes do total e ao companheiro, apenas uma parte do total. Levando-se em consideração a existência de três filhos, caberá a cada filho  $2/7$  da herança e ao companheiro caberá,  $1/7$  de referido acervo patrimonial deixado pelo *de cujus*.

No que concerne o direito sucessório do companheiro em caso de existência de filiação híbrida; houve, novamente, omissão legislativa a respeito.

Os argumentos apresentados pela doutrina demonstram-se divergentes. A doutrina majoritária manifesta-se no sentido da aplicação do inciso I do art. 1.790 do Código Civil. Para os defensores de tal linha argumentativa, a divisão da herança por cabeça engendraria igualdade de cotas entre todos os filhos e evitaria uma punição ao companheiro sobrevivente por não ser ascendentes daqueles com quem concorrer.

Conforme entendimento proferido por outra parcela da doutrina, havendo concorrência do companheiro com filhos de origem híbrida, razoável seria a aplicação do inciso II do artigo 1.790. Justifica-se tal proposta pela ausência de prejuízo aos descendentes exclusivos do falecido, porquanto os filhos do companheiro sobrevivente teriam a expectativa de herdar deste diferentemente do que ocorreria com os filhos da outra origem.

Acrescente-se ainda um terceiro posicionamento apresentado por Giselda Hironaka<sup>3</sup>. A autora defende a divisão da herança em dois blocos, sendo um dos filhos comuns e o outro dos filhos exclusivos. O companheiro receberia cota idêntica aos filhos comuns na sub-herança destes e metade da cota dos filhos exclusivos na sub-herança destes.

Para elucidação do tema, toma-se como base uma herança cujo valor total seja de R\$100.000,00 e a existência de cinco herdeiros, sendo três deles, filhos comuns e dois, filhos exclusivos do falecido.

Utilizando-se do critério apresentado pela renomada jurista, a herança deferida aos filhos comuns seria no valor de R\$60.000,00. Contudo, pelo que prescreve o inciso I do artigo 1.790, a companheira teria direito ao que for atribuído aos filhos, isto é, a herança seria dividida por cabeça. Sendo assim, a companheira sobrevivente e os filhos receberiam cada qual o valor de R\$15.000,00.

Por outro lado, a herança atribuída aos filhos exclusivos do *de cujus* seria no valor de R\$40.000,00. Aplicando o inciso II do artigo 1790, cada filho teria direito a 2/5 da herança e a companheira, 1/5 de tal acervo hereditário. Assim, a herança

---

<sup>3</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil: parte especial. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Do direito das sucessões*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003, p.226-229.

conferida aos filhos exclusivos do falecido teria o valor de R\$ 16.000,00, sendo de R\$8.000,00 a cota atribuída à companheira sobrevivente.

Ressalta-se que a companheira, no caso elucidado, teria direito a R\$23.000,00, considerado este a somatória do valor a ela deferido nas duas sub-heranças.

Contudo, essa modalidade de cálculo gera diferenciação nos quinhões hereditários dos filhos, o que acarreta violação a princípio constitucional e desobediência ao mandamento legal previsto no artigo 1.834 do Código Civil.

#### **5.4 O direito real de habitação na união estável**

Alvo de calorosas discussões doutrinárias diz respeito à possibilidade da concessão do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, porquanto tal prerrogativa não foi inserida de modo expreso no atual Código Civil.

Alguns juristas manifestam-se no sentido de inadmitir indigitado direito por entenderem que houve revogação da Lei 9.278/96, a qual em seu artigo 7º, parágrafo único, concedia o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família enquanto o companheiro remanescente não constituísse nova união<sup>4</sup>.

Outra parcela da doutrina, acertadamente manifesta-se de modo positivo à concessão de referido direito.

Isto porque não houve expressa revogação da lei especial supracitada, bem como sobreleva afirmar que não há qualquer incompatibilidade de normas. O artigo 1.790 do Código Civil cria direito concorrential sobre a propriedade dos bens do falecido, enquanto que o artigo 7º da lei anterior não dispõe acerca de direito de

---

<sup>4</sup> Desta forma inclina-se o pensamento de Francisco Cahali: “Em nosso entender houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. com efeito, o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou companheira *participará da sucessão do outro nas condições seguintes*. Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participará da sucessão do seu falecido companheiro; e aqueles direitos não deixam de ser uma forma de participar na sucessão. Vale dizer, neste particular – sucessão decorrente da união estável – o novo Código disciplinou inteiramente a matéria, revogando assim, os efeitos sucessórios entre os conviventes previstos em normas anteriores”.(CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. v. 6. São Paulo: RT, 2003, p.233.)

propriedade, mas sim de direito real de ocupar imóvel de outrem, isto é, trata o referido artigo da fixação de um direito real sobre coisa alheia.

O artigo 226, parágrafos 3º e 4º, considera entidade familiar não apenas a família formada pelo casamento, mas também aquela proveniente da união estável e a família monoparental, sendo todas sujeitas à proteção estatal. Ora, se o artigo 1.831 do diploma civil confere o direito real de habitação ao cônjuge supérstite, por que o companheiro remanescente deveria ficar desamparado? Assim, a concessão deste direito por analogia à situação dos cônjuges<sup>5</sup> se afigura como medida de justiça a ser imposta às uniões sejam elas formais ou tão somente fundadas no vínculo afetivo.

### **5.5 Concorrência do companheiro com os ascendentes e com os colaterais**

O inciso III, do artigo 1.790 do Código Civil dispõe que o companheiro do falecido terá direito a um terço da herança se concorrer com outros parentes sucessíveis, referindo-se, neste caso, aos ascendentes ou, na falta destes, aos colaterais.

Neste diapasão, se concorrer com o pai e mãe do falecido, terá o companheiro direito a um terço do que couber a tais ascendentes. Contudo, diversamente do que ocorre com o cônjuge nesta mesma situação, se o companheiro concorrer apenas com um dos genitores ou com os avós do *de cujus*, receberá apenas um terço do acervo patrimonial deixado pelo autor da herança.

Mas, o que denota extrema incoerência e gravidade é o concurso dos companheiros com parentes colaterais. Isto significa que além de ser beneficiado apenas com um terço do valor da herança na concorrência com aqueles, se não houver bens amealhados durante a convivência o parente colateral terá direito aos bens particulares do falecido uma vez que o companheiro assumiu, com o atual Código Civil, a quarta posição na ordem de vocação hereditária o que caracteriza

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, o Enunciado 117 C/JF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*: "o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88".

elevado retrocesso se comparado com o cônjuge e com a posição sucessória que ostentava sob a égide das leis 8.971/94 e 9.278/96<sup>6</sup>.

## 5.6 A totalidade da herança conferida ao companheiro

Destarte, o inciso IV do artigo 1.790 confere a nova posição sucessória assumida pelo companheiro e determina seu direito à totalidade da herança apenas na ausência de descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau.

Entretanto, referida norma contrapõe-se ao disposto no *caput* do artigo em questão, o qual se frisa, apenas admite o direito sucessório do companheiro sobre os bens onerosamente adquiridos durante a vigência da união estável. Diante disso, torna-se tormentosa a discussão doutrinária a respeito da possibilidade da herança do companheiro sobrevivente recair sobre os bens comuns e particulares do *de cuius*.

Prelecionam alguns juristas que referidos bens tornar-se-iam herança jacente a qual seria convertida em herança vacante com posterior devolução ao ente público.

Essa, porém, não é a melhor exegese do inciso IV da norma ora em comento, pois se assim fosse, restaria ao companheiro uma posição de exacerbada desvantagem.

Justifica-se tal afirmativa, pois como sabido, o artigo 1.819 do Código Civil afirma que apenas haverá herança jacente em caso de inexistência de herdeiro

---

<sup>6</sup> Por entenderem discriminatória a norma constante no artigo 1.790 do Código Civil algumas decisões desconsideraram sua aplicabilidade, mormente no que diz respeito ao seu inciso III. Assim ocorre com os seguintes julgados provenientes do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Arrolamento. Companheiro sobrevivente. Reconhecimento incidental da união estável, à vista das provas produzidas nos autos. Possibilidade. Exclusão do colateral. Inaplicabilidade do art. 1790, III, do CC, por afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e leitura sistematizada do próprio Código Civil. Equiparação ao cônjuge supérstite. Precedentes. Agravo improvido (Agravo de Instrumento 609.024-4/4-00 - São Paulo - Relator: Caetano Lagrasta - Órgão julgador: 8a Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 06/05/2009).” Ainda: Sucessão- Herança - Hipótese em que houve comprovação de que o companheiro falecido deixou um único bem, adquirido na constância da união estável e mediante esforço comum - Herança que deverá ser deferida, em sua totalidade, à companheira supérstite, quando concorre com colaterais - Admissibilidade - Não incidência do art. 1.790, III do CC/2002, proibindo-se assim o retrocesso que elimina direitos fundamentais consagrados, como o de equiparar a companheira e a esposa na grade de vocação hereditária (com preferência aos colaterais) - Princípio da não reversibilidade dos direitos sociais - Aplicação do art. 2o, III da Lei 8.791/94 e 226, § 3o da CF - Recurso da companheira provido e não provido o interposto pelos colaterais (Agravo de instrumento n. 499.826-4/0 e 507.284-4/6 - Americana - 4a Câmara de Direito Privado - Relator: Enio Santarelli Zuliani - 30.08.07 - V.U.)”

legítimo. Ainda de acordo com o que dispõe o artigo 1.844, a herança apenas será devolvida ao ente público caso não haja cônjuge, companheiro ou parente sucessível do *de cujus* e por fim, o inciso IV do artigo 1.790 determina a entrega da totalidade dos bens do falecido não restringindo o direito sucessório aos bens adquiridos a título oneroso durante a relação fática.

Em assim sendo, finda-se a segregação existente entre patrimônio proveniente de bens particulares – proibidos de serem herdados pelo companheiro – e patrimônio originário de bens adquiridos onerosamente durante a união estável, transformando-os em um só patrimônio passível de herança por ocasião da sucessão do companheiro na falta de descendentes e ascendentes.

## 6. CONCLUSÃO

Extraí-se pela análise do tema proposto que quanto ao critério de convocação dos herdeiros legítimos, disposto no artigo 1.829, inciso I, pouca modificação ocorreu, porquanto apenas o Poder Público foi retirado da ordem de vocação hereditária.

O atual diploma legal apenas trouxe importantes inovações na sucessão decorrente da união estável e do casamento.

Enquanto diversos privilégios foram concedidos às pessoas unidas pelo vínculo do casamento, aqueles que vivem em uma união informal encontram-se atualmente em uma situação de flagrante desprivilégio.

O Código Civil vigente possibilita aos companheiros alguns direitos similares ou idênticos àqueles conferidos aos cônjuges, tais como: o direito à meação decorrente do regime da comunhão parcial de bens, a instituição de bem de família voluntário, a adoção e o pedido de alimentos.

Assim, se a intenção do legislador foi conceder os mesmo direito previstos para companheiros e cônjuges, por que dar tratamento diverso quando o assunto é sucessão?

A Constituição Federal equipara todas as espécies de família para fins de proteção estatal; não se deve admitir que haja tratamento prejudicial ou mais benéfico a qualquer uma delas, considerando-a de ínfima importância quando

comparada à família matrimonializada. Não cabe a ela qualquer tipo de adjetivação que venha a distinguir os tipos de união afetiva de acordo com seu grau de superioridade, uma vez que não existem graus de importância quando se trata de pessoas envolvidas pelo laço do afeto. E amor é sempre amor, independentemente da forma em que ele se concretizará.

## REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. v.6. São Paulo: RT, 2003.

CASSETARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: RT, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil: parte especial. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Do direito das sucessões*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENIN, Márcia Maria. A necessidade da equiparação entre união estável e casamento para fins de direito sucessório. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (org.). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. v.2. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 272-296.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.