
DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS

1) INTRODUÇÃO

SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹ - Até a promulgação da Constituição de 1988, dúvidas não havia de que o companheiro ou companheira não eram herdeiros. A nova Carta reconheceu a união estável do homem e da mulher como entidade a ser protegida (art. 226, § 3º, “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). Contudo, em que pesem algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais isoladas, tal proteção não atribuiu direito sucessório à companheira ou companheiro. Os tribunais admitiam a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos (hoje denominamos companheiros ou conviventes), a título de liquidação de uma sociedade de fato (Súmula 380 do STF). De qualquer modo, essa divisão podia interferir na partilha de bens hereditários quando, por exemplo, tivesse havido o chamado concubinato impuro ou adúltero e o autor da herança falecesse no estado de casado, com eventual separação de fato. Nessa situação, perdurante até a novel legislação, cabia ao juiz separar os bens adquiridos pelo esforço comum dos pertencentes à meação ou herança do cônjuge. Toda matéria se resolve na prova.

Quando não se atribuía parte do patrimônio pelo esforço comum, a jurisprudência concedia indenização à concubina, a título de serviços domésticos prestados. Sob essa rotulação há evidente eufemismo, porque se pretende dizer muito mais que a expressão encerra. Nessa hipótese, também ocorria uma diminuição do acervo hereditário, pois parte era concedida ao companheiro.

Esse patamar de direitos relativos à convivência sem casamento foi totalmente modificado com os dois diplomas legais aqui referidos. No que tange à sucessão, a Lei nº 8.971/94 inseriu o companheiro na ordem de vocação hereditária.

Entre as muitas imperfeições dessa lei, dispôs o art. 1º:

“A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”.

“Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”.

De forma canhestra, a lei pretendeu atribuir direito a alimentos, referindo-se somente à lei processual que regula a ação de alimentos, omitindo-se quanto ao direito material. Essa lei também restringiu o direito aos conviventes não casados com mais de cinco anos de vida em comum ou com prole.

Como observa FRANCISCO PIZZOLANTE (1998:119), em coro com a doutrina, a matéria sucessória na união estável é a mais complicadas entre tantas outras levantadas por essa lei. Esse diploma, restringiu os direitos a que alude, de alimentos, de herança e de meação, aos companheiros com convivência de mais de cinco anos ou com prole. De acordo com essa lei, para fins de meação, a colaboração não se presumia e deveria ser provada em cada caso. Posteriormente, por força da segunda lei, o companheiro sobrevivente, independentemente do prazo de duração da união estável ou de existência de prole, tornou-se meeiro em relação aos bens adquiridos onerosamente na respectiva convivência.

SÍLVIO RODRIGUES² - Relevantes inovações foram também introduzidas pelo novo Código no que se refere ao direito sucessório entre os companheiros. Nesse particular - direito sucessório -, optou o legislador de 2002 por retroceder aos passos dados pela legislação vigente, que praticamente conferia ao companheiro a mesma situação jurídica dos casados. Isso porque restringiu o direito hereditário aos bens adquiridos na constância da união, e, mesmo assim, impôs a concorrência do sobrevivente com descendentes, ascendentes e até colaterais do falecido (art.1.790), retirando-lhe o direito real de habitação e o usufruto vidual, enquanto no novo modelo o cônjuge passa a integrar a primeira classe de convocação, em concorrência com os descendentes, recebendo a integralidade do acervo, na falta destes e de ascendentes (art. 1.829), além de ter sido prestigiado com a qualidade de herdeiro necessário (art. 1.845). Após tantos anos de luta e evolução doutrinária e jurisprudencial objetivando resguardar os direitos decorrentes da união estável, alcançados na atual legislação vigente, embora, reconheça-se, bem audaz, certamente essa nova fórmula será objeto de significativa hostilidade da comunidade jurídica e da própria sociedade.

2) DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E DA MÁ LOCALIZAÇÃO DO ART. 1.790 CC/02

SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB³ - No Congresso de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), ocorrido em Ouro Preto, no mês de outubro de 2001, manifestaram-se os estudiosos participantes, Ministros do STJ, professores universitários, desembargadores, juízes e advogados contrariamente ao texto do novo Código Civil, aprovado pelo Congresso Nacional, reduzindo os direitos votados e aprovados em projetos originários da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

As normas trazidas pelo art. 1.790 do Código Civil posicionaram o companheiro em situação inferior à anteriormente existente. Os companheiros são pessoas desimpedidas para o casamento, que podem convolar núpcias a qualquer momento, incentivo recebido da Constituição Federal.

O infeliz art. 1.790, caput, restringiu o direito de herança do companheiro aos bens adquiridos, na constância da união estável; a título oneroso.

A matéria deverá ser, exaustivamente, estudada dentro da área familiar, mas os pressupostos fixam homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, desimpedido, portanto, para contrair núpcias.

ZENO VELOSO⁴ - O art. 1.790 está mal localizado, pois integra o capítulo das Disposições Gerais da sucessão em geral, e de disposições gerais não trata, como se conclui à simples leitura do dispositivo. Ele regula a sucessão decorrente da união estável, e devia estar no Título II - Da Sucessão Legítima, Capítulo I - Da Ordem de vocação hereditária "o companheiro e a companheira ficam em situação de extrema inferioridade, quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança que pode caber ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição de calado profundo." ... "Reconheço, todavia, que essa paridade tem sido questionada, alegando alguns autores que não é de boa política legislativa igualar a situação dos cônjuges com a dos companheiros."

GUILHERME GAMA⁵ - O correto seria ter incluído o companheiro no próprio art. 1.829, CC, e não acrescer mais um dispositivo ao texto do Código. Ao que parece, ainda há preconceito no tratamento das uniões fundadas no companheirismo, a despeito da norma constitucional que considera tais uniões como famílias jurídicas. ... Desse modo, por haverem sido extrapolados os limites da autorização concedida pela Resolução CN 1/2000, é oportuno considerar a presença de inconstitucionalidade formal (e parcial) do art. 1.790, CC, quanto à referência "aos bens adquiridos na vigência da união estável." ... "Ora, nos termos do art. 1.790 do novo CC o companheiro terá direito à herança restrita à parte integrada pelos bens que foram adquiridos a título oneroso durante a convivência dos companheiros. Há nítida confusão entre herança e meação, institutos diversos - o primeiro de Direito das Sucessões e o segundo de Direito de Família - que não mereciam ser confundidos pela lei. Deve-se considerar, sobre o tema, que o dispositivo (art. 1.790) é inconstitucional materialmente, porquanto no lugar de dar especial proteção à família fundada no companheirismo (art. 226, caput e § 3º, da CF), ele retira direitos e vantagens anteriormente existente em favor dos companheiros. ... Cabe à doutrina e à jurisprudência corrigir os vícios detectados no curso do processo legislativo e, desse modo, proceder a combinação das disposições contidas no art. 2º da Lei 8.971/94, com as relativas aos cônjuges no art. 1.829, incisos I, II e III, CC, sob pena de flagrantes inconstitucionalidades serem cometidas contra as pessoas dos companheiros. O inciso I do art. 1.790 não traz qualquer ressalva quanto à parte mínima reservada na divisão ao companheiro sobrevivente. Logo, neste mesmo exemplo - companheiro sobrevivente e quatro filhos comuns como herdeiros - , a divisão da herança será igualmente entre todos os herdeiros.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE⁶ - O novo Código, em manifesto esforço, repita-se, procura guindar a união estável ao patamar do casamento civil (art. 226, § 1º); ao menos nos seus dois grandes efeitos patrimoniais, isto é, no que diz respeito a alimentos e no direito sucessório. E o faz com largueza de espírito no art. 1.790. Sem incidir, porém, em excessos que só uma doutrina dominada por excessiva ideologia populista justificaria. O novo Código o faz com cuidado, com cautela, com bom senso, qualidades perfeitamente encontráveis na proposta do constituinte de 1988. Não se trata de tudo destruir, como pretendem algumas posturas maniqueístas, mas trata-se, antes, de encontrar a justa medida, o bom termo, que venha de encontro aos anseios da sociedade brasileira, sem aniquilar nossos mais profundos valores e características.

Direito comparado - Sem previsão no Código Civil francês e, igualmente, no Código Civil português. Em Portugal, há previsão legal sobre a matéria na Lei nº 135 (Lei da União de Facto), de 28 de agosto de 1999. O Código Civil argentino e o uruguaio não tratam da matéria.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE⁷ - Na sistemática do direito francês, os componentes de um casal fora do casamento não herdam um do outro porque entre "*partenaires*" da união livre, não existe nenhum laço de parentesco. "O casal fora do casamento não cria em direito, uma família, pois não há aliança entre seus membros. Em conseqüência, salvo disposições testamentárias ou doações, eles não herdarão um do outro porque a lei ignora sua união no direito das sucessões, Daí resulta que, no caso de um dos conviventes morrer sem deixar filhos ou parentes próximos, a sucessão será devolvida eventualmente a um colateral, sem que aquela que foi a companheira de sempre possa reclamar a menor parte" (CHRISTIANE BERNET-GRAVEREAUX. *L'union libre - Le couple hors mariage*, p. 81). No mesmo sentido a doutrina atual de Grimaldi: "Salvo entre esposos, a aliança não confere nenhum direito de sucessão (...) A concubinação não cria nenhuma vocação hereditária. Razões do princípio: 1) aqueles que escolheram viver lado a lado, mas juridicamente estrangeiros um do outro, devem, em respeito a sua escolha, ser tratados como tal; 2) não existem direitos sem deveres; ora, a concubinação é uma área de liberdade: não se saberia justificar uma vocação hereditária sobre uma ligação se, por hora, nenhuma constatação legal séria foi organizada neste sentido" (MICHEL GRIMALDI. *Droit Civil. Successions*, 4^{ème} éd., p. 97).

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE⁸ - Segundo monografia pontual sobre a matéria, realizada por França Pitão, a nova Lei portuguesa "veio estabelecer os princípios básicos orientadores dos efeitos a atribuir às situações em que um homem e uma mulher vivem em condições análogas às dos cônjuges, sem que contudo tenham contraído casamento entre si. Salvaguardou-se, por um lado, toda a legislação já existente que atribuía efeitos a tais uniões, utilizando-se, por outro lado, um critério remissivo de âmbito genérico para grandes campos de regulamentação, tais como os de proteção social, adoção e imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, equiparando-as ao casamento (...) a nova lei teve o mérito de esclarecer os limites de relevância das uniões de facto perante a lei, ao estipular um prazo mínimo de durabilidade e impor um conjunto de impedimentos ao seu reconhecimento" (Prefácio à obra *União de facto no direito português*. Coimbra: Almedina, 2000).

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE⁹ - A crítica que se impõe, na análise inicial do citado artigo, certamente refere-se a má técnica legislativa que, equivocadamente, insere a matéria nas "Disposições Gerais", do Livro das Sucessões, quando, na realidade, nada tem a ver o tema com Disposições Gerais e, muito menos, na abertura de um Livro do Código Civil. O artigo não é uma "Disposição" e muito menos "Geral", bastando para tanto examinar seu conteúdo e o detalhismo excessivo que apresenta no transcorrer de seus quatro incisos. Uma disposição geral, como a própria expressão sugere, esgota-se na apresentação de enunciado amplo, de princípio genérico, aplicável a todas as demais espécies daí decorrentes. Não é o que ocorre no citado artigo 1.790.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁰ - A matéria, além disso, encontraria espaço legítimo em momento posterior, por exemplo, quando se trata da ordem de vocação hereditária (como, acertadamente o legislador o fez quando tratou da questão referente ao direito real de habitação, art. 1.831, ou dispôs sobre o quinhão do cônjuge, em concorrência com demais herdeiros, artigo 1.832) nunca, porém, nas Disposições Gerais.

O caput do artigo 1.790 sublinha a diferença, desejada pelo constituinte de 1988, existente entre casamento e união estável, reafirmando que o (a) companheiro (a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Independente de qualquer consideração de caráter axiológico sobre o teor da disposição e da intenção do legislador de estabelecer limites entre as duas realidades, o fato é que o mesmo deixou suficientemente claro que a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹¹ - O cônjuge (casado, pois, e submetendo-se a regime legal determinado pela lei civil) é meeiro. O (a) companheiro (a) não o é e só terá direito à sucessão do (a) outro (a) nas condições estabelecidas pela lei. O cônjuge, independente de qualquer participação na aquisição de bens (basta considerar as disposições relativas ao regime da comunhão universal de bens, plenamente em vigor) é sempre meeiro. O companheiro não, é sua eventual inserção no mundo sucessório fica na dependência da efetiva participação (que lhe competirá provar em juízo) na aquisição onerosa dos bens.

O parágrafo 1º do artigo 1.790 refere-se a "quota" a que fará jus o (a) companheiro (a), equivalente à que por lei for atribuída ao filho. A previsão legal não encontra paradigma nem na Lei nº 8.971/94, nem tampouco, na Lei nº 9.278/96.

Aquela lei não igualou a união estável ao casamento, mas criou, para a união estável, um estatuto jurídico assemelhado ao do casamento, quando se refere ao direito sucessório dos companheiros.

Agora, o Código Civil omite a noção de usufruto, mesmo o viual, e se refere apenas à "quota", com base, certamente, na intenção de guindar o (a) companheiro (a) ao mesmo patamar do cônjuge, na ordem de vocação hereditária. Mas, é bom que se frise, o art. 1.829 (Da ordem da vocação hereditária) não se refere ao companheiro(a). Nem tampouco nos artigos 1.830 a 1.832. Ali, ao contrário, se lê, taxativamente, que o reconhecimento do direito sucessório é tão-somente ao "cônjuge sobrevivente". Houve silêncio, premeditado ou não, quanto ao companheiro (a).

3) DA HERANÇA ABRANGER APENAS BENS ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA

MARIA HELENA DINIZ¹² - Pelo Código Civil o companheiro supérstite participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas seguintes condições: se concorrer com filhos comuns terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; se concorrer com descendentes só do autor da herança, caber-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança e, não havendo parentes sucessíveis, tocar-lhe-á a totalidade da herança. Se, por não haver pacto entre os conviventes, o regime de comunhão parcial prevalecer terá direito à metade dos bens deixados pelo *actor sucessionis*, se oriundos da sua atividade em colaboração com o de *cujus* ou se adquiridos onerosamente na vigência da união estável. A herança atribuída ao convivente está sujeita ao imposto de transmissão *causa mortis*, mas o mesmo não se diga da meação a que tem direito, por força do regime de bens, por inexistir fato gerador do tributo que é a transmissão *causa mortis* de bens, visto que há uma divisão de patrimônio decorrente da extinção do condomínio por óbito de um dos co-proprietários. E, ainda, por força do art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96, o convivente sobrevivente terá direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento. Porém, pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente.

MARCELO DALTRO LEITE¹³ - O companheiro ou companheira adquire legitimação para suceder seu consorte apenas na meação dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Embora o regime de bens entre os companheiros seja o da comunhão parcial, para efeitos sucessórios há evidente discrepância entre a situação daqueles casais sujeitos à união estável e daqueles submetidos ao casamento sob o regime da comunhão parcial. Os companheiros sucedem apenas em relação à meação dos bens adquiridos na constância da união estável, enquanto os casados pelo regime da comunhão parcial sucedem apenas em relação aos bens particulares. Se o falecido deixar por herança apenas a sua meação de bens adquiridos na constância da união estável, a situação do companheiro será melhor do que a do cônjuge em quadro idêntico; invertendo-se as posições, se o falecido deixar um bem particular, o cônjuge se verá, então, em vantagem em relação à situação do companheiro na união estável. A solução encontrada pelo legislador para ambas as situações é inaceitável. Os companheiros deveriam ter adquirido, para efeitos sucessórios, o mesmo *status* dos casados pelo regime da comunhão parcial.

4) DO USUFRUTO VIDUAL E DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - LEIS N° 8.971/94 E 9.278/96

SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹⁴ - Poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento em matéria sucessória, mas não o fez. Preferiu estabelecer um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro supérstite nem é equiparado ao cônjuge nem se estabelecem regras claras para sua sucessão.

Embora haja o reconhecimento constitucional, as semelhanças entre o casamento e a união estável restringem-se apenas aos elementos essenciais. O diploma legal mais recente, Lei n° 9.278/96, que poderia aclarar definitivamente a questão, mais ainda confundiu, pois se limitou, laconicamente, a atribuir direito real de habitação ao companheiro em relação a imóvel destinado à residência familiar, enquanto não constituísse nova união.

Essa lei protegeu unicamente o chamado concubinato puro, para aqueles que admitem essa rotulação, isto é, aquele que não coexiste com o casamento. O denominado concubinato impuro ou adúlterino convive com o casamento. Desse modo, se o falecido era casado, pouco importando se separado de fato, não haveria direito hereditário para o convivente sobrevivente, porque nesse aspecto, ao menos, a lei foi clara. Não ficaria ao desamparo o sobrevivente nessas condições, porque poderia pleitear a divisão da sociedade de fato, recebendo parte dos bens que tenha auxiliado a amealhar. Em termos hereditários, contudo,

“ prevalecem os direitos do antigo cônjuge do de cujus, embora de há muito separado de fato, porque ainda não está dissolvida a sociedade conjugal, pelo menos para efeitos sucessórios”. (RAINER CZAJKOWSKI, 1996:143).

Lembre-se, ainda, a propósito de que:

“ a possibilidade de partilha de bens por meio da prova de participação na aquisição destes em função da formação da sociedade de fato, de acordo com a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, subsiste ainda para todas as hipóteses em que não haja a possibilidade de concessão de direitos sucessórios nos termos da Lei nº 8.971/94”.

Passada a complexidade inicial, concluímos que ambas as leis, de 1994 e 1996, coexistiram. O maior problema agora será definir se esses diplomas foram inteiramente revogados pelo vigente Código Civil, pois o legislador não foi expresso a esse respeito.

Os incisos I e II do art. 2º transcrito estabelecem o denominado usufruto viúvo, disposto igualmente para o cônjuge viúvo no art. 1.611, § 1º. Nesse usufruto, houve equiparação significativa dos direitos do companheiro aos do cônjuge. Trata-se de usufruto legal que independe da situação econômica do companheiro. Pelos princípios do usufruto, não sobrevivendo nova união, o usufruto é vitalício, extinguindo-se com a morte do usufrutuário. A lei da convivência estável reporta-se à extinção, quando o companheiro estabelece nova união estável. Nem sempre será fácil a prova desta última. Incumbe aos interessados na extinção, se não for obtida aquiescência do companheiro supérstite.

Quando houver, concomitantemente, direito ao usufruto e à meação, não há superposição de direitos, porque o usufruto incide a herança, e meação não é herança. Esse usufruto, da quarta parte ou da metade dos bens, incide sobre a totalidade da herança, ainda que venha a restringir a legítima dos herdeiros necessários.

O inciso III do art. 2º, que, na realidade, por questão de lógica, deveria ser o inciso I, equiparou o companheiro sobrevivente ao cônjuge supérstite, na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.603 do Código de 1916. Desse modo, na falta de ascendentes ou descendentes (bem como de cônjuge, como adiante se afirma), o companheiro será herdeiro da totalidade dos bens do falecido, alijando assim os colaterais e o Estado da herança. Sob esse prisma, como é irrelevante para o direito sucessório do cônjuge o regime de bens adotado, também é irrelevante o fato de ter ou não ter havido conjugação de esforços para obtenção do patrimônio comum pelos companheiros. O que importa, para o direito sucessório nessa hipótese, é que tenha havido realmente uma união estável, cujo exame dos requisitos compete ao caso concreto.

A inclusão do companheiro ou companheira na ordem de vocação hereditária, sem a clareza que seria de se esperar em matéria tão relevante, não autoriza que eles concorram na herança com o cônjuge. Como vimos, na ordem legal, para que seja considerado herdeiro, além da ausência de descendentes e ascendentes, o autor da herança deverá ter falecido solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Se faleceu no estado de casado, o cônjuge sobrevivente será em princípio herdeiro com aplicação do mencionado art. 1.830. A separação de fato não dissolve a sociedade conjugal, mas não impede o reconhecimento da união estável. Tanto para a herança em usufruto, como para a herança em propriedade, a situação é idêntica. Por outro lado, como é básico, o direito sucessório se estabelece no momento da morte. Se, quando do falecimento, já extinta a união estável, não haverá direito hereditário para o companheiro. Competirá a este, nessa situação, provar a existência de patrimônio decorrente de esforço comum para pedir a quota respectiva. Essa matéria certamente trará infindáveis discussões nas hipóteses limítrofes merecendo que o legislador seja mais claro o próximo estatuto da união estável que vier a editar.

Como o cônjuge, no sistema anterior, não era herdeiro necessário, na mesma situação, era colocado o convivente. Lembre-se de que, por uma questão de lógica e em decorrência do sistema constitucional sobre a família, a união estável ou o concubinato, em princípio, nunca poderá gozar de direitos mais amplos do que o casamento. Desse modo, o casamento poderá contemplar terceiros, excluindo o cônjuge ou o companheiro da ordem legítima de sucessão, assim como os colaterais (art. 1.850; antigo 1.725). Lembre-se de que a meação, que não é herança, não pode ser afastada. Temos de repelir entendimento de que o diploma da união estável tenha guindado o companheiro à posição de herdeiro necessário, no sistema do Código Civil de 1916. Repulsa a idéia de que a união estável goze de direitos mais amplos do que o casamento.

Como herdeiro, o companheiro fica sujeito também à pena de exclusão por indignidade, na forma dos arts. 1.814 ss (antigo, art. 1.595 ss), em ação promovida pelos herdeiros interessados.

A Lei nº 9.278/96 acrescentou o direito real de habitação, como direito sucessório, à esfera da união estável:

“Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto vive ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. (parágrafo único do art. 7º).

No casamento, esse direito estava contemplado no art. 1.611, § 2º. No presente Código, a descrição está presente no art. 1.831. Em sede de união estável, o direito de habitação, na lei especial, apresenta-se de forma mais ampla, pois no casamento, no regime do Código anterior, está restrito aos enlances sob o regime da comunhão universal, afora o fato de tratar-se de imóvel destinado à residência da família e o único bem dessa natureza a inventariar. Trata-se de restrição justificável, que recebeu repulsa da doutrina. Nenhuma restrição é feita, quanto aos conviventes, sob esse aspecto. O corrente Código não se refere ao direito real de habitação do convivente. É de perguntar se estaria revogado o dispositivo ou se persistem vigentes os dispositivos das leis anteriores sobre a união estável não contemplados pelo atual Código. Se for entendido que as lacunosas disposições do Código de 2002 sobre a união estável revogaram as leis anteriores, a união estável será colocada, no presente sistema, em posição de extrema inferioridade em relação às duas leis anteriores. Haverá uma restrição de direitos conquistados no passado, inclusive este de habitação. Aparenta ter sido esta a intenção do legislador, mas parece que não será essa a orientação jurisprudencial futura.

No casamento, o direito de habitação no sistema do Código anterior possuía conteúdo diverso do direito de usufruto, porque, na comunhão universal, o cônjuge remanescente já teria o respaldo da meação. Quando o casal somente possuía o imóvel residencial, a meação também atingia esse imóvel, ocorrendo maior garantia com direito de habitação, o qual, neste caso, oneraria também a metade que não pertencia ao meeiro. O usufruto da quarta parte ou da metade, podia atingir âmbito muito mais expressivo.

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

Em qualquer situação, temos de considerar que o direito real de habitação é atribuído unicamente ao imóvel destinado à residência do casal, sendo o único bem dessa natureza. Levemos em conta que se trata do imóvel destinado na maioria das vezes à moradia da mulher, que lá reside com os filhos. Importa verificar no caso concreto a destinação do imóvel. O art. 1º da Lei n. 9.278/96 reporta-s a “convivência duradoura”. Esse aspecto sempre deve ser levado em consideração. Quando o autor da herança morre em estado de casado, poderá coexistir o direito d habitação do convivente com o direito do usufruto vidual do cônjuge. Observa, a respeito, RAINER CZAJKOWSKI (1996:147):

“Não se defende, com isso, a noção de família unipessoal. O direito de habitação surge porque a família existiu, e o imóvel foi utilizado como seu abrigo. Se o parceiro falecido morava em outro lugar, ou morava também em outro lugar, isso não impede que freqüentasse aquela casa onde o outro parceiro residia. Tem que haver convivência, senão não há união estável. Se com a morte de um dos parceiros, proprietário da casa, a família se dissolveu, repita-se, há direito de habitação porque a família existiu. Note-se que o parágrafo único, do art. 7º, não se refere a imóvel que vá ser destinado à residência da família.”

O usufruto e o direito real de habitação conferidos ao cônjuge e ao companheiro, embora definidos pelos direitos reais, são institutos de direito de família; decorrem da lei. Esse direito de habitação deferido ao companheiro somente tem sentido quando ao convivente não cabe a totalidade da herança, pois inadmissível falar nesse direito restrito, se lhe couberem, em propriedade, todos os bens.

As questões sucessórias dos companheiros não se esgotam facilmente, contudo. Quanto ao inventário, se o companheiro sobrevivente estiver na posse e administração dos bens do espólio, cabe a

ele requerer a abertura do inventário, na forma do art. 987 do CPC. Pela mesma razão, pode fazê-lo se for o herdeiro. Do mesmo modo, pode ser nomeado inventariante. Se sua condição de herdeiro ou de companheiro for contestada e depender de provas, a questão deve ser dirimida fora do inventário, pelas vias ordinárias (art. 984 do CPC).

De outro lado, o direito à meação dos companheiros foi disciplinado pelo art. 3º da Lei 8.971/94, anteriormente transcrito. Como evidente, meação não se confunde com direito hereditário. Com a divisão da meação coloca-se termo ao estado de indivisão do patrimônio comum. A situação descrita agora na lei assemelha-se ao teor da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Na aplicação dessa súmula, os julgados foram paulatinamente se posicionando no sentido de que a divisão devia ser proporcional ao esforço comprovado e não simplesmente dividir-se o patrimônio à metade. Essa solução continua possível em sede de transação, com interessados maiores e capazes. Com base na lei em questão, porém, parece que é possível manter a mesma orientação, pois foi intenção do legislador estabelecer uma proteção ao companheiro que tenha efetivamente colaborado na formação do patrimônio comum. Como observa CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA (1997:237), “a colaboração de somenos importância não daria ao companheiro sobrevivente o direito à meação e à habilitação no inventário”. Note-se, no entanto, que os cônjuges podem ter estabelecido o regime patrimonial de sua convivência de forma diversa, como permite a Lei n. 9.278/96. No silêncio dos conviventes, porém, presumem-se adquiridos pelo esforço comum os bens amealhados “na constância da união estável, e a título oneroso, (...) passando a pertencer a ambos, em condomínio, em partes iguais” (art. 5º). Se houver motivos para comprovar o contrário, cabe aos interessados promover ação para derrubar a presunção relativa aí estabelecida.

Pelo sistema disposto pela Lei n. 8.971/94, art. 3º, além da convivência de mais de cinco anos ou existência de prole do casal, havia necessidade de se comprovar o esforço comum na aquisição do patrimônio, o que era sempre um ônus para o interessado.

Interessante também observar que, para efeito de partilha de bens adquiridos pelo esforço comum, na constância da união estável e a título oneroso, são irrelevantes os motivos do desfazimento da união de fato, não se restringindo apenas à morte do companheiro, mas aplicando-se às situações de extinção do enlace em vida. Desse modo, não se discute culpa pelo término da união estável, pois a divisão do patrimônio comum não levará em conta esse aspecto.

SILVIO RODRIGUES¹⁵ = O direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, que a legislação anterior conferia ao companheiro sobrevivente, não foi mencionado no CC, com relação à união estável, o que significa outro recuo. Porém, como o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, foi previsto em lei especial (Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único), e como esse benefício não é incompatível com qualquer artigo do novo CC, uma corrente poderá argumentar que ele não foi revogado, e subsiste. Em contrapartida, poderá surgir opinião afirmando que o aludido art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96 foi revogado pelo CC, por ter este, no art. 1.790, regulado inteiramente a sucessão entre companheiros, e, portanto, não houve omissão quanto ao aludido direito real de habitação, mas silêncio eloqüente do legislador.

MARIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA¹⁶ = O legislador não atribuiu ao companheiro sobrevivente, como concedeu aos cônjuges, o direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência aos conviventes. Lamentavelmente, propiciou o legislador aos companheiros com essa irreparável omissão a possibilidade da falta, inclusive, de um teto para residir após o falecimento de seu companheiro, podendo ficar no total desamparo. Caberá ao legislativo reparar essa injustiça e, caso não o faça, aos tribunais que com o bom senso de seus componentes têm criado sábia jurisprudência, dentre as quais, na matéria, podemos destacar as súmulas n. 377 e 380 do STF.

IAGMAR SENNA CHELLES¹⁷ – Entretanto, como o direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família está previsto no artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96 que, por sua vez, regulou o parágrafo 3º do art. 226 da CF, a doutrina está alinhada no sentido da aplicabilidade deste dispositivo, por ser norma especial, não inserida no novo Código Civil. Em contrapartida, podem surgir posições que defendam a revogação do citado parágrafo único do art. 7º, sob o argumento de que o Código de 2002, quando tratou, no artigo 1.790, do direito sucessório dos companheiros, regulou toda a matéria concernente. Entretanto, a interpretação lógico-sistemática do tema nos leva a reconhecer a vigência do dispositivo que trata do direito real de habitação do companheiro sobrevivente, uma vez que o novo Código não revogou expressamente a norma concessiva disposta na Lei 9.278/96 -neste aspecto compatível com a regra sucessória estabelecida no artigo 1.790 do NCC, que não contraria, apenas silencia o discutido direito, protegido constitucionalmente. Neste sentido, é o Enunciado 117, de iniciativa do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “117 - art. 1.831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº

9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88".

DÉBORA GOZZO E SILVIO DE SALVO VENOSA¹⁸ - No direito em vigor, o legislador não garantiu o direito real de habitação às pessoas que vivem em união estável, retrocedendo, mais uma vez, em relação aos direitos que já haviam sido conferidos aos companheiros pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. Para MARIA HELENA DINIZ, todavia, a proteção desse direito continuará a existir, uma vez que a Lei nº 9.278/96 é norma especial, e por isso continuaria vigendo. DÉBORA GOZZO E SILVIO DE SALVO VENOSA¹⁹ - Com base nessas duas interpretações, percebe-se, pois, que o dispositivo legal sob comento poderá, num primeiro momento, causar confusão. Tudo leva a crer que a opinião de SILVIO RODRIGUES, no sentido de o direito real de habitação não poder mais ser aplicado aos companheiros deverá prevalecer. Afinal, acrescentando-se, interpretando-se sistematicamente as normas legais, observa-se que o legislador não parece ter tido, em momento algum, intenção de beneficiar as pessoas que vivem juntas como se casadas fossem. Prova disso encontra-se no art. 1.790, IV isto é, a companheira só herdará totalmente após os colaterais terem sido chamados à sucessão. Sendo certo, é claro, que com eles concorrerá na razão de um terço dos bens deixados pelo companheiro falecido.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA²⁰ - Curiosamente, o novo CC, no art. 1.831, somente se refere ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. Contudo, não se referiu ao mesmo direito real em favor do companheiro por morte do outro. Há, aqui, grave lacuna legislativa que, na realidade, deve ser solucionada no sentido de se considerar em vigor o disposto no parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.278/96. Como não houve revogação expressa da Lei de 1996, bem como inexistência de incompatibilidade entre o disposto no art. 1.831 do CC, e o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, adotando-se os critérios de interpretação e harmonização das normas jurídicas no interior do sistema, conclui-se pela vigência da regra do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente. Sobre o tema, deve-se considerar a aplicação do disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, a fim de considerar que a família fundada no companheirismo é merecedora de especial proteção estatal. Desse modo, caso houvesse interpretação no sentido de se considerar revogado o disposto na Lei de 1996, haveria violação ao comando constitucional, já que ocorreria postura no sentido de não proteger a família informal fundada na "união estável".

MARCELO DALTRO LEITE²¹ - O segundo dispositivo garantia ao companheiro o direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, direito que lhe não foi contemplado pelo atual código.

GISELDA HIRONAKA²² - Não estabelece o Código Civil atual o direito real de habitação previsto pela Lei n. 9.278/96, devendo-se, por isso, e em analogia com a situação garantida ao cônjuge e autorizada pela Constituição Federal, ter o dispositivo do art. 7º, parágrafo único, desta lei como não revogado.

IAGMAR SENNA CHELLES²³ - Duas modificações de vulto se verificaram, trazendo novo perfil ao direito de habitação, em favor do cônjuge sobrevivente. A primeira delas afasta a restrição, antes imposta no Código de 1916, que era a necessidade de o cônjuge sobrevivente ser casado sob o regime da comunhão universal, para adquirir o benefício. A norma atual não faz qualquer distinção em relação ao regime adotado ou imposto pela lei ao cônjuge sobrevivente. A segunda mudança traz perplexidade, pelo alcance de sua liberalidade. Ao contrário do contido no artigo revogado, o legislador não menciona que o titular do direito real de habitação perderá o benefício se casar novamente ou conviver com outra pessoa em união estável. Segundo as palavras do civilista Zeno Veloso "não parece ser uma solução justa, nem haver razão para manter o direito real de habitação, se o cônjuge sobrevivente constituir nova família. "Quem casa faz casa", proclama o dito popular. Acho melhor e mais previdente a restrição do artigo 1.611, par. 2º, do Código Civil de 1916".

MARIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA²⁴ = O legislador não atribuiu ao companheiro sobrevivente, como concedeu aos cônjuges, o direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência aos conviventes. Lamentavelmente, propiciou o legislador aos companheiros com essa irreparável omissão a possibilidade da falta, inclusive, de um teto para residir após o falecimento de seu companheiro, podendo ficar no total desamparo. Caberá ao legislativo reparar essa injustiça e, caso não o faça, aos tribunais que com o bom senso de seus componentes têm criado sábia jurisprudência, dentre as quais, na matéria, podemos destacar as súmulas n. 377 e 380 do STF.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA²⁵ - Curiosamente, o novo CC, no art. 1.831, somente se refere ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. Contudo, não se referiu ao mesmo direito real em favor do companheiro por morte do outro. Há, aqui, grave lacuna legislativa que, na realidade, deve ser solucionada no sentido de se considerar em vigor o disposto no parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.278/96. Como não houve revogação expressa da Lei de 1996, bem como inexistência

incompatibilidade entre o disposto no art. 1.831 do CC, e o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, adotando-se os critérios de interpretação e harmonização das normas jurídicas no interior do sistema, conclui-se pela vigência da regra do direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente. Sobre o tema, deve-se considerar a aplicação do disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, a fim de considerar que a família fundada no companheirismo é merecedora de especial proteção estatal. Desse modo, caso houvesse interpretação no sentido de se considerar revogado o disposto na Lei de 1996, haveria violação ao comando constitucional, já que ocorreria postura no sentido de não proteger a família informal fundada na "união estável".

1) DIREITO SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO DE 2002

SÍLVIO DE SALVO VENOSA - O mais moderno Código conseguiu ser perfeitamente inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros. A primeira preocupação, qual seja, a manutenção ou não, no que couber, das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. Ademais, o atual Código traça apenas um único dispositivo o direito sucessório da companheira e do companheiro no art. 1.790, em local absolutamente excêntrico, entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação hereditária:

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

JOSÉ DA SILVA PACHECO²⁶ - Sob a incidência da Lei nº 9.278/96, o parágrafo único do seu artigo 7º estabelecia que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto vier ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

O Código Civil, de 2002, no artigo 1.790, regulamentou os direitos sucessórios dos companheiros ou companheiras.

Diversos comentadores do Código Civil insistem em fazer severas críticas ao que foi por ele estabelecido em relação ao companheiro ou companheira, na sucessão, alegando, principalmente: a) erro topográfico, por estar o artigo 1.790 dissociado do capítulo I do Título II do Livro IV do Código Civil, que trata da vocação hereditária; b) inconstitucionalidade material, por retirar direitos antes existentes em favor do companheiro. De um modo geral, invoca-se o art. 1.829, I, II e III, relativo ao cônjuge e a falta de igualdade de tratamento dado ao companheiro, no art. 1.790, além de ausência de reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, embora considere que teria sido mais oportuna a inserção do artigo 1.790 do Código Civil na ordem de vocação hereditária, aponta o referido artigo como uma síntese de tudo que já constava na legislação infraconstitucional (Comentários ao Novo Código Civil, vol. XXI, Direito das Sucessões, 3ª ed., Editora Forense, PP. 51 e segs.).

ALDEMIRO REZENDE DANTAS JR., assinala que “a estrutura adotada pelo legislador se mostra nitidamente inadequada, pois parece indicar que a sucessão pelo companheiro não é legítima, o que eu a toda evidência não se coaduna com a proteção que a Lei Maior trouxe às famílias constituídas com esteio na união estável... O que se vê no Código Civil, de 2002, quanto à sucessão na união estável, é um verdadeiro e inaceitável retrocesso, em relação à legislação anterior” (A sucessão no casamento e na união estável, *in* Temas atuais de Direito e processo de família, de Cristiano Chaves de Faria (coordenador), Lúmen Júris, 2004, p. 582).

JOSÉ DA SILVA PACHECO²⁷ - GILSELDA MARIA FERNANDES HIRONAKA afirma que “a regra está topicamente mal colocada. Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situada no capítulo referente à ordem de vocação hereditária.” (Comentários ao Código Civil, vol. 20 - Parte Especial - Do Direito das Sucessões, p. 53).

Para ZENO VELOSO, “o artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco.” (Do direito sucessório dos companheiros, *in* Direito de família e o novo Código Civil, de Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coordenadores), Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2001, p. 231).

ARNOLD WALD anota, em primeiro lugar, que “o Código Civil, de 2002, não trata o companheiro sobrevivente como herdeiro necessário, conforme ocorre com o cônjuge supérstite (artigo 1.845). A matéria relacionada à sucessão do companheiro recebeu tratamento legislativo inadequado, no Código Civil, e com evidentes erros topográficos - quanto à parte do Livro do

Direito das sucessões em que o assunto foi colocado” (O novo Direito das Sucessões, SP, 2007, p. 96).

JOSÉ DA SILVA PACHECO²⁸ - Sobre as críticas ao tratamento do Código Civil ao companheiro ou aos seus descendentes, Cláudia de Almeida Nogueira sustenta que “a Constituição não igualou o companheiro ao cônjuge, mas garantiu a mesma proteção à família, independentemente de sua origem. Todos são iguais perante a lei. Não tem qualquer sentido os parentes daquele que vivia em união estável receber menos ou mais herança que os parentes de pessoa casada.” (Direito das Sucessões, 3^a ed., Ed. Lúmen Júris, 2007, p. 186).

1) O COMPANHEIRO COMO HERDEIRO ÚNICO

ANA LUIZA MAIA NEVARES²⁹: “Na ausência de descendentes e de ascendentes, determina a lei 8.971/94, em seu art. 2º, inciso III, que o companheiro terá direito à totalidade da herança. Altera-se, portanto, a ordem de vocação hereditária do art. 1.603 do Código Civil de 1916. Em seu inciso III, leia-se, a partir da lei 8.971/94, o cônjuge *ou o companheiro*.”

O ponto de discussão é a referência do dispositivo em exame ao direito do companheiro à totalidade da herança. Pode-se entender que na ausência de descendente e ascendentes terá o companheiro direito a toda herança, extinguindo-se a prerrogativa do *de cuius* de dispor de seus bens através de testamento?

Sem dúvida, esta interpretação não pode prosperar. O sistema sucessório é informado pelo princípio da intangibilidade da legítima, que incide em uma parte do acervo hereditário. A outra parte integra a quota disponível, sobre a qual tem autor da herança livre disposição, no exercício de seu direito de propriedade, garantido constitucionalmente.

Um dispositivo que aniquilasse o poder do testador de dispor dos seus bens através do testamento seria um atentado ao direito de propriedade e à livre iniciativa, consagrada a partir da autonomia privada, garantias constitucionais, consoante o disposto nos artigos 5º, *caput* e inciso XXII, e art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. Dessa maneira, deve-se buscar uma interpretação em conformidade com as disposições constitucionais. Assim, entende-se que o art. 2º, inciso III, da lei 8.971/94 não revogou o art. 1.576 do Código Civil de 1916, estando mantida, integralmente, a quota disponível do testador.

Superada esta primeira dificuldade na exegese do dispositivo, indaga-se se tal disposição teria tornado o companheiro supérstite herdeiro necessário, uma vez que não há na Lei 8.971/94 prescrição como aquela do art. 1.725 do Código Civil de 1916, que permite a exclusão do cônjuge e dos colaterais da sucessão. A partir desta interpretação, na ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente receberia a totalidade da quota necessária, não podendo ser privado da mesma através de disposições de última vontade.

Argumenta-se que dessa forma seriam atribuídos mais direitos aos companheiros, em detrimento dos casados. Conforme leciona Marco Aurélio S Viana:

“no caso específico da união estável, embora reconhecida constitucionalmente como forma de constituição da família, não se tem como negar que a constituída pelo casamento goza de precedência. (...) Se incluir na ordem de vocação hereditária determinadas pessoas é admissível e vem de forma clara, o mesmo não se pode dizer em se tratando de dar ao convivente a situação de herdeiro necessário. E isso porque, se o cônjuge é herdeiro facultativo, por que razão o convivente seria herdeiro necessário? A proteção que o Estado lhe assegura não poderia ir além da que ao cônjuge”.

Corroborando o entendimento de ser o companheiro herdeiro facultativo, está o ensinamento de RODRIGO DA CUNHA PEREIRA³⁰, aduzindo que, embora o art. 2º da lei 8.971/94 não o diga expressamente, pode-se entender, por analogia ao art. 1.603 do Código Civil de 1916, que os companheiros não se enquadram na categoria de herdeiros necessários.

Pode-se dizer que este é o posicionamento da jurisprudência brasileira, que pode ser representado pelo seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

“Civil. Testamento. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes e descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem direito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira”.

No sentido de ser o companheiro herdeiro forçado consoante o disposto no art. 2º, inciso III, da Lei 8.971/94, valem ser citadas as lições de Luiz Edson Fachin. Pondera o autor que grave e séria é a consideração acerca do projeto parental do companheiro, que não pode ser afastado da sua sucessão, na esteira do que dispõe o art. 2º, inciso III, da lei 8.971/94 (“terá direito”, diz a lei), se tomado comparativamente ao cônjuge, que é herdeiro facultativo. Por conseguinte, defende o autor a revogação tácita do art. 1.725 do Código Civil de 1916, no tocante ao Cônjuge, argumentando que a parificação de estatutos seria um caminho razoável a percorrer.

Este é o entendimento que deve prosperar e, na mesma direção, estão os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

“A condição de herdeira da “totalidade da herança” previsto no art. 2º, III não afastou o direito do falecido, de testar e de dispor por testamento de sua meação disponível. O companheiro sobrevivente terá direito à “totalidade da herança” se não houver disposição testamentária, limitando-a. Cabe-lhes disputar apenas a parte correspondente à legítima, prevista no art. 1.721 do Código Civil”.

SENDO O COMPANHEIRO HERDEIRO NECESSÁRIO, PODERÁ SER EXCLUÍDO DA SUCESSÃO EM VIRTUDE DA INDIGNIDADE OU DA DESERDAÇÃO, SENDO ESTA ORDENADA PELO TESTADOR POR UMA DAS CAUSAS QUE AUTORIZAM A PRIMEIRA (CC/16, ART. 1.741 E CC/02, ART. 1.961)

REGRAS GERAIS

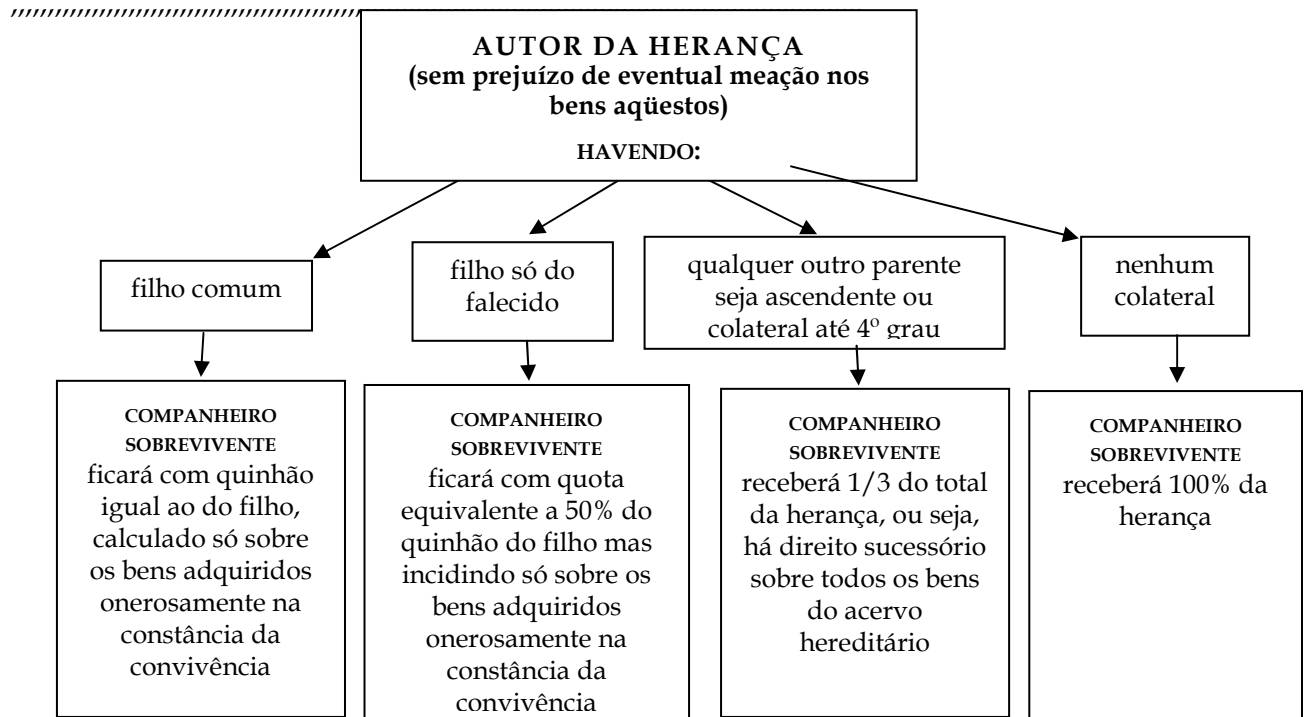
1. companheiro sobrevivente não é herdeiro necessário;
2. companheiro pode ser excluído da herança por testamento;
3. companheiro recebe herança sem prejuízo da meação;
4. companheiro tem o direito hereditário restrito a quota parte nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, ou seja, só é herdeiro dos bens sobre os quais tem meação enquanto estiver concorrendo com descendentes e ascendentes do falecido, salvo estipulação contrária em contrato (art. 1.790, I e II);
5. quando o companheiro concorre com colaterais, além de receber sua meação nos bens comuns, recebe ainda 1/3 de toda a herança, salvo estipulação contrária em contrato (ou testamento) - art. 1.790, III;
6. art. 1790: a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes ó 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;
7. deixa de existir o direito real de habitação e o direito a parte do usufruto sobre bens da herança porque o CC/02 vai disciplinar toda a matéria relativa a união estável, revogando as leis 8.971/94 e 9.278/94.

Inventário. União Estável. Usufruto vidual. Direito não previsto no novo Código Civil. Pretendida cumulação dos direitos de meação e herança acarretando diminuição na participação dos herdeiros

necessários. Inadmissibilidade. Companheira que tem uma participação correspondente à metade dos bens adquiridos juntamente com o falecido. Situação equivalente à que lograria se fosse casada no regime da comunhão parcial de bens. Inteligência dos arts. 1.725, 1.790, II e 1.829, I do CC e do art. 226, §3º da CF. Recurso não provido. [...] Quanto ao pretendido direito denominado usufruto viudal, tem-se que razão não assiste à agravante. Ora, o novo Código Civil nada regulamentou acerca do direito da companheira sobrevivente ao usufruto de parte dos bens deixados por falecimento de seu companheiro, assim como foi feito em relação ao cônjuge supérstite. Desse modo, força é convir que o art. 2º, §º, da Lei nº 8.971/1994 está revogado, a teor do preceito contido no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, visto que o aludido direito de usufruto não foi previsto pelo legislador no novo diploma legal, que regulamentou inteiramente a sucessão entre companheiros no art. 1.790. E mais, há que se observar também a regra do art. 1.725 do referido estatuto, que determina a aplicação do regime da comunhão parcial de bens na união estável, no que couber, em relação ao patrimônio dos companheiros, salvo contrato escrito entre eles. (TJSP. AI 336.392-4/8 – 9ª CDPriv. Rel. Des. Ruitter Oliva. J. 29.06.2004)

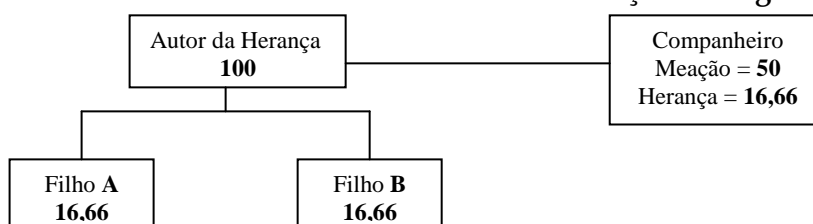
EUCLIDES DE OLIVEIRA E SEBASTIÃO AMORIM³¹: “Dentre os direitos assegurados ao companheiro, na entidade familiar constituída pela união estável, está a sucessão hereditária, conforme consta da Lei nº 8.971/94, artigo 2º e da Lei nº 9.278/96, artigo 7º, parágrafo único. Por essas normas, **o companheiro sobrevivente ocupa posição similar ao do cônjuge viúvo, tendo direito a usufruto parcial sobre os bens da herança, se concorrer com descendentes ou ascendentes do falecido, ou à totalidade da herança, se não houver descendentes nem ascendentes, além do direito real de habitação sobre o imóvel que lhe servia de residência.** Com o novo Código Civil, artigo 1.790, modificou-se substancialmente a situação do companheiro sobrevivente, que passa a concorrer no direito de herança apenas sobre os bens havidos onerosamente durante a vida em comum com o falecido parceiro.

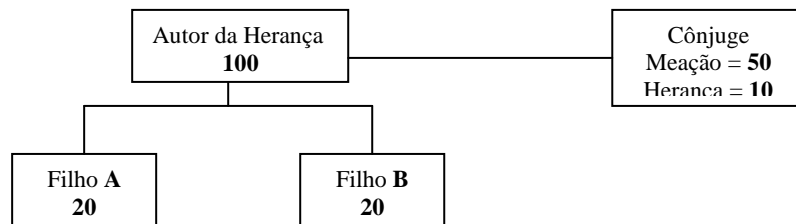
MARIA HELENA DINIZ:³² “Se, por não haver pacto entre os conviventes, o regime de comunhão parcial prevalecer terá direito à metade dos bens deixados pelo *auctor successionis*, se oriundos da sua atividade em colaboração com o de *cujus* ou se adquiridos onerosamente na vigência da união estável. A herança atribuída ao convivente está sujeita ao imposto de transmissão *causa mortis*, mas o mesmo não se diga da meação a que tem direito, por força do regime de bens, por inexistir fato gerador do tributo que é a transmissão *causa mortis* de bens, visto que há uma divisão de patrimônio decorrente da extinção do condomínio por óbito de um dos co-proprietários. E, ainda, por força do art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96, o convivente sobrevivente terá direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento. Porém, pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente.” “Ser administrador provisório do acervo hereditário do companheiro falecido, enquanto o inventariante não presta compromisso (CC, art. 1.797, I); pedir abertura do inventário, desde que esteja na posse e administração dos bens do falecido convivente e ser inventariante, visto que a enumeração do art. 990 do CPC não tem caráter absoluto.”



VI.1) COMPANHEIRO X DESCENDENTES

COMPANHEIRO SOBREVIVENTE X FILHOS HAVIDOS:	
EM COMUM	<p>GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA – o inciso I do art. 1.790 não traz qualquer ressalva quanto à parte mínima reservada na divisão ao companheiro sobrevivente, logo, a divisão da herança será feita igualmente entre todos os herdeiros: companheiro sobrevivente e os quatro filhos comuns.</p> <p>MARIA HELENA DINIZ:³³ "se concorrer com filhos comuns terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho"</p> <p>CRISTIANO PEREIRA MORAES GARCIA³⁴ - se o companheiro concorrer com os filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, ou seja, cada filho e o convivente supérstite irão receber por cabeça, portanto quinhões iguais.</p>
SÓ PELO AUTOR DA HERANÇA	<p>MARIA HELENA DINIZ:³⁵ "se concorrer com descendentes só do autor da herança, caber-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles [...]; se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança e, não havendo parentes sucessíveis, tocar-lhe-á a totalidade da herança."</p> <p>CRISTIANO PEREIRA MORAES GARCIA³⁶ - se o companheiro concorrer, entretanto, com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe á a metade do que couber a cada um daqueles (art. 1.790, II, atual CC). A redação do artigo 1.790, II nos leva a concluir que o quinhão do companheiro deve ser exatamente a metade do quinhão de cada descendente do autor da herança.</p>
SÓ PELO AUTOR DA HERANÇA E OUTROS EM COMUM	<p>EUCLIDES DE OLIVEIRA E SEBASTIÃO AMORIM³⁷: Nesse caso, o cônjuge receberá somente a metade do que couber aos filhos dos quais não seja ascendente, o que exige difícil cálculo da partilha, à semelhança do observado com relação ao cônjuge concorrendo com filhos em comum e outros só do autor da herança (aqui com critérios diversos, pelo resguardo do direito à quarta parte dos bens cabíveis aos filhos comuns).</p> <p>GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA³⁸: A) atribuição ao companheiro de quota igual à de cada herdeiro, como se todos fossem comuns; B) atribuição de somente metade da quota ao companheiro, como se todos os descendentes fossem exclusivos do autor da herança; C) atribuição de quota e meia ao companheiro, considerando-se uma quota pelos filhos em comum e meia quota pelos demais; D) divisão da herança em duas sub-heranças, relativas aos filhos em comum e aos filhos exclusivos do autor da herança, com cálculos proporcionais das quotas cabentes ao companheiro em cada uma.</p> <p>EUCLIDES DE OLIVEIRA E SEBASTIÃO AMORIM³⁹: Uma variante de fórmula de cálculo, considerando-se que a lei manda atribuir ao companheiro sobrevivente cota igual à do filho comum e só meia quota do filho exclusivo do falecido, seria aplicar a média desses valores, chegando-se à quota de 0,75%, para tais situações de filhos de híbrida origem. Seria mais justo e adequado à <i>mens legis</i>, pois, em tal circunstância, estaria sendo preservada a quota do companheiro, ainda que proporcional, e os filhos não sofreriam desigualação em seus quinhões.</p> <p>CRISTIANO PEREIRA MORAES GARCIA⁴⁰ - a única solução, no nosso entender, que se coaduna com a vontade do legislador e, principalmente, com os princípios constitucionais, é a de se aplicar o inciso II do artigo 1.790 do atual CC, no caso de existirem filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança. Desta forma, os filhos vão receber quinhões iguais entre si, bem como a parte mais fraca da família será protegida em desfavor da parte mais forte, isto é, devemos proteger os descendentes do autor da herança em desfavor do companheiro, ao interpretarmos o NCC.</p>

Companheiro concorrendo com filhos comuns ao autor da herança – cota igual à de cada filho:⁴¹

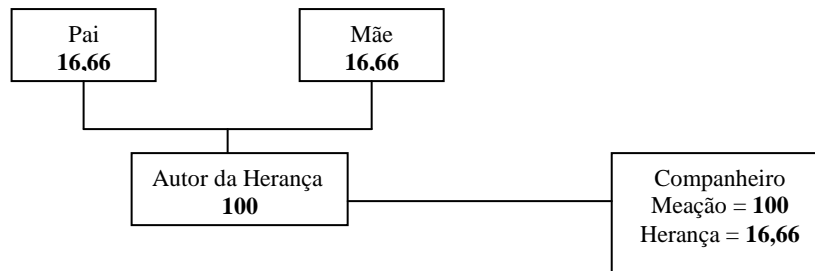
Companheiro concorrendo com filhos só do autor da herança - 1/2 da cota de cada filho:⁴²**QUESTIONAMENTO EXEMPLIFICATIVO⁴³: Uma senhora viveu maritalmente com um cidadão por 40 anos.**

Quando se uniram, ela já tinha um imóvel, bem como ele também já tinha bens. O convivente, que já faleceu a três anos, teve dois filhos antes da união estável e, com a senhora que viveu 40 anos, teve 6 filhos. Pergunto: Qual dos filhos terá direito a herdar o imóvel que era somente da senhora?

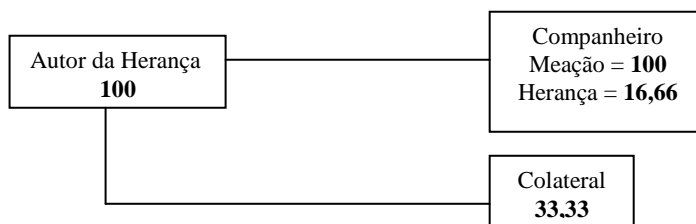
J.L. -Tremembé, SP. RESPOSTA DO IRIB: A resposta ao questionamento é encontrada nas regras de sucessão (herança) previstas no Código Civil. Se a morte ocorreu depois de 11 de janeiro de 2003, as regras aplicáveis são as previstas no Novo Código Civil (Lei nº 10. 406/2002) que, nos termos dos artigos 1790 e 1.829 do Novo Código Civil, determina que serão herdeiros concorrentes (dividirão a herança) os descendentes (filhos, netos, etc) e o companheiro, isto com relação aos bens adquiridos onerosamente (compra e venda, por exemplo) na vigência da união estável e desde que não tenha sido lavrada escritura pública disciplinando como comunhão universal de bens o regime da união estável. No caso apresentado temos o seguinte. Dois filhos que a senhora teve antes da união, dois filhos que o senhor teve antes da união estável e, por fim, seis filhos havidos durante a união. Quanto aos bens deixados pela senhora, as regras são as seguintes: o imóvel adquirido antes da união estável será herdado pelos dois filhos dela havidos antes da união estável, bem como pelos seis filhos nascidos durante a união. Quanto aos bens adquiridos pelo convivente antes da união estável, a regra é a mesma: são herdeiros os filhos dele havidos antes da união, bem como aqueles nascidos durante a união estável. Quanto aos imóveis adquiridos a título oneroso no decorrer da união estável, as regras são um pouco distintas. Preliminarmente, cabe destacar que cada um dos companheiros tem direito à meação dos bens, ou seja, os bens pertencem metade para cada um dos companheiros. Desta forma, aberta a sucessão com a morte, dos bens inventariados deverá ser excluída a meação do convivente. No caso apresentado, falecida a senhora, será transmitido aos seus herdeiros somente a metade dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável. A outra metade pertencerá ao companheiro, pois é sua meação. Serão herdeiros da senhora, portanto, os dois filhos que tinha antes da união estável, os filhos que teve durante a união, bem como o próprio companheiro, nos termos do artigo 1.790 do Novo Código Civil. As mesmas regras se aplicam aos bens deixados pelo convivente. Constata-se, do exposto, que as regras sobre a herança dependerão da constatação de quando e como os bens foram adquiridos por aquele que faleceu. No caso apresentado, haverá bens que somente os filhos (todos) herdarão, e outros que eles herdarão juntamente com o companheiro(a). Portanto, com relação aos imóveis adquiridos antes da união estável, todos os filhos da senhora serão herdeiros necessários.

VI.2) COMPANHEIRO X ASCENDENTES

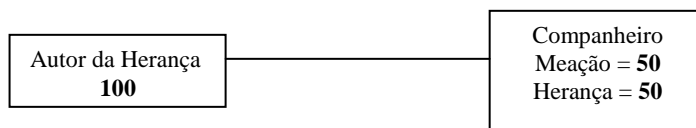
Companheiro concorrendo com ascendentes - 1/3 da herança:⁴⁴



Companheiro concorrendo com colaterais - 1/3 da herança:⁴⁵



Companheiro, na falta de herdeiros sucessíveis:⁴⁶



VI.3) DO DIREITO DE HABITAÇÃO X USUFRUTO

EUCLIDES DE OLIVEIRA E SEBASTIÃO AMORIM⁴⁷ - O direito de habitação, espécie de direito real sobre coisa alheia (art. 746 do CC/16; art. 1.414 do NCC), foi também estendido ao companheiro sobrevivente pelo artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, por analogia com o tratamento dispensado ao cônjuge viúvo (art. 1.611, § 2º, do CC/16). Esse direito persistirá enquanto o beneficiário viver ou não constituir nova união ou casamento, incidindo sobre o imóvel de residência da família. [...] O usufruto pode incidir sobre bens certos e determinados, que não sejam de natureza residencial, diferenciando-se do direito de habitação a incidir no remanescente imóvel residencial. Nessa situação o companheiro acabaria sendo duplamente aquinhado, com benefícios hereditários maiores do que teria se fosse casado com o autor da herança, o que atenta, sem nenhuma dúvida, a princípios igualitários não só em plano individual como na comparação entre famílias constituídas com ou sem casamento.

EUCLIDES DE OLIVEIRA E SEBASTIÃO AMORIM⁴⁸ - Foi preservado no NCC o direito de habitação no imóvel que servia de residência ao casal, mas somente em favor do cônjuge sobrevivente. Não estende o mesmo direito, de elevado cunho social, ao companheiro sobrevivente, que assim é deixado inteiramente à mingua, nem mesmo podendo continuar a residir no imóvel que lhe servia de residência na união estável, quando não tenha direito à meação ou à participação na herança. [...] Sobre o direito de habitação em favor do companheiro, poder-se-ia argumentar com a subsistência do dispositivo no artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, enquanto não expressamente revogado

pelo NCC. O argumento se justifica em reforço à extensão analógica do mesmo direito assegurado ao cônjuge sobrevivente, mas restará sempre a controvérsia diante da regulamentação distintiva constante do novel ordenamento.

ZENO VELOSO⁴⁹ - Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas às famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a conveniência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, **a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.**

ADEMAR FIORANELLI⁵⁰ - Elemento destacado da propriedade - na essência o maior de todos os direitos reais -, que congrega em si todos os poderes originários do domínio - uso, gozo e disponibilidade -, o usufruto, inserto como direito real no elenco do artigo 1.225, IV, do novo Código Civil, está disciplinado nos artigos 1.390 a 1.411 do mesmo Código. Como restrição de vulto ao direito de propriedade, ao usufrutuário é conferido o uso e gozo da coisa (jus utendi e jus fruendi), retendo o titular de domínio o poder de disponibilidade (o jus abutendi). Na verdade, não há fracionamento da propriedade com a constituição do direito real do usufruto, limitativo daquele direito maior, mas uma imposição de ônus temporário que cessará na forma prescrita no artigo 1.410, I a VI, com o cancelamento subsequente no assento imobiliário, expressão que em boa hora foi incluída na redação do citado artigo, visando adequar-se aos dispositivos do Regulamento de registros públicos, como ato obrigatório e negativo para extinção e liberação do ônus constituído.

ADEMAR FIORANELLI⁵¹ - Dentre as formas de extinção do direito real de usufruto, o legislador incluiu o ato de renúncia, não previsto no Código de 1916, um dos mais praticados diuturnamente, que exige instrumento público adequado. Não obstante servidão pessoal vinculada à própria pessoa e que com ela se extingue, exige-se, para a renúncia do direito, a outorga uxória ou consentimento marital, se casado o usufrutuário, exceto se se tratar de regime da separação absoluta dos bens (art.1.647 do CC).

VI.3.a) CARACTERÍSTICAS DO USUFRUTO

ADEMAR FIORANELLI⁵² - O usufruto foi mantido em suas características básicas que o novo Código Civil preservou em toda a sua estrutura. Não há nenhuma modificação e não vejo possibilidade de que esse arcabouço doutrinário e de jurisprudência possa vir a ser alterado futuramente com o novo Código Civil. São características essenciais do direito real do usufruto e representam sua maior vantagem: a inalienabilidade, cuja conseqüência é a impenhorabilidade, e a temporariedade. Permitir aliená-lo, em ordem sucessiva, é descaracterizá-lo, pois o caráter temporário é de sua própria essência. O limite máximo é o da vida do usufrutuário, se pessoa natural, ou de 30 anos, se pessoa jurídica (redação do novo CC), ou ainda pelo implemento da condição ou termo de duração estabelecidos para sua vigência. O mais discutido dos artigos do Código de 1916, que vedava a transferência do usufruto por alienação (artigo 717), sobre o qual formou-se sólida jurisprudência, teve considerável melhora em nova redação com exclusão de palavras inúteis e desnecessárias como requerem os léxicos jurídicos.

ADEMAR FIORANELLI⁵³ - O artigo 1.393 do novo Código está assim redigido: "Não se pode transferir o usufruto por alienação, mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso". A cessão por título gratuito ou oneroso do exercício do usufruto, porém, não se confunde com o direito real propriamente dito. Relação meramente pessoal e faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, por isso insusceptível de acessar o registro imobiliário. Repito o que já afirmei em monografia sobre o mesmo instituto. Ao ceder o exercício do usufruto, o usufrutuário está cedendo a percepção dos frutos advindos da coisa (direito pessoal) mantendo consigo o direito real que é intransferível a terceiros. A

renda advinda da locação, percepção dos direitos advindos de uma lavoura, são exemplos inseridos no campo dos direitos pessoais e obrigacionais – não reais. Por óbvio, a alienação do usufruto ao proprietário do bem não está vedada, por ser esta a forma, juntamente com a renúncia, mais comum, em ato declaratório, da extinção do usufruto pela consolidação da plena propriedade na pessoa do nuproprietário (art.1410, VI). O usufruto pertence, pois, à classe dos direitos não-transmissíveis, mas não em termos absolutos, o que seria totalmente inútil desde que ao usufrutuário não fosse possível fruir pessoalmente a coisa. O que devemos sempre repetir – se bem muitos relutem ainda em entender e aplicar – é que a proibição passa a existir quando o usufruto já está constituído. O poder de dispor se refere claramente à disposição constituída e não àquela que transfira direito já existente.

ADEMAR FIORANELLI⁵⁴ - Confirma o alerta dado pelo notável registrador Ulysses da Silva (O Código Civil e o Registro de Imóveis, ed. Sérgio Fabris, 2003): “O bom senso nos leva a interpretar a proibição aí contida como endereçada ao eventual usufrutuário já constituído e não ao pleno proprietário, porque a este cabe, sem nenhum embargo, o direito de instituir o usufruto a quem lhe aprouver”. Nada mais correto. A partir de sua constituição, permitir alienar o usufruto em ordem sucessiva é descaracterizá-lo completamente, fazendo do usufruto um novo usufruto, eternizando-se esse direito real sem possibilidade de que o nuproprietário venha a exercer o domínio pleno da propriedade. A segunda característica, que diz respeito ao usufruto temporário, também foi mantida, não indo além da vida do usufrutuário, a exemplo do que ocorre com as cláusulas que restringem a propriedade e que não atingem a segunda geração.

VI.3.b) PENHORA SOBRE O EXERCÍCIO DO USUFRUTO

ADEMAR FIORANELLI⁵⁵ - Válida a penhora sobre o exercício do usufruto, caso contenha expressão econômica, com o que o credor poderá obter rendimentos periódicos para saldar seu crédito. Não cabe a penhora sobre o direito real de usufruto, inalienável e impenhorável por sua própria natureza. Por isso não pode alcançar o registro imobiliário, quer como direito real – por ser inalienável –, quer como exercício – por ser pessoal.

VI.3.c) USUFRUTO SIMULTÂNEO E SUCESSIVO

ADEMAR FIORANELLI⁵⁶ - O usufruto simultâneo ou conjuntivo não se confunde com o sucessivo. O artigo 1.411 manteve a mesma redação do artigo 740 do Código de 1916: “constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, extinguir-se-á a parte em relação a cada uma das que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desse couber ao sobrevivente”. No sucessivo (não-admitido), para solidificar o entendimento, o usufrutuário exerce sozinho o direito de usar e gozar do bem e por sua morte ou por certa condição ou termo, transmitir a outrem ou seu sucessor. No simultâneo, configura-se a pluralidade de usufrutuários, que a um só tempo gozam da coisa usufruída, com a possibilidade de inserção de cláusula de acrescer, se convencionada, ao usufrutuário sobrevivente. Indispensável que no ato da constituição sejam declinados os nomes de todos os usufrutuários e de forma expressa a subsistência do mesmo usufruto em favor dos demais.

VI.3.d) CLÁUSULA DE ACRESCEER - AVERBAÇÃO

ADEMAR FIORANELLI⁵⁷ - Não estipulada a cláusula de acrescer, pela superveniência da morte de um dos usufrutuários, consolida-se na pessoa do nu-proprietário a plena propriedade da parte ideal do usufrutuário falecido. O registrador há que estar atento para a elaboração correta da averbação – ou do

cancelamento parcial do usufruto e união ao nu-proprietário ou a de acrescer ao cônjuge ou usufrutários sobreviventes, de maneira que os respectivos titulares exerçam na plenitude seus legítimos direitos. A execução do contrato, na forma estabelecida, reclama a imperiosa averbação, ocorrência que altera substancialmente o registro. Daí o alerta para a correta interpretação da vontade das partes no mesmo contrato. Sobre os vários modelos de atos – averbações e registros – dos aqui tratados, reporto-me ao já inserido na obra *Direito Registral Imobiliário*, ed.

VI.3.e) COMPARAÇÃO COM O CC/16

ADEMAR FIORANELLI⁵⁸ - A primeira observação que fazemos é que o legislador tem evitado conceituar os institutos. Eliminou o conceito de usufruto dado pelo Código Civil de 1916, que é o direito real de fruir a utilidade, os frutos da coisa enquanto temporariamente destacado da propriedade. O direito de propriedade é uno e indivisível e não se fragmenta, por isso não aprovo o termo “destacado”. Quando se constitui um direito real de usufruto sobre a propriedade está se limitando esse direito, existe um ônus sobre a propriedade, mas ela não se fragmenta. Tanto isso é verdade que a figura do nu-proprietário não está presente na nossa legislação, é uma criação cartorária que se faz da divisão do usufruto e da nua propriedade. Não existe essa subdivisão, a propriedade é indivisível e o imóvel sofre, sim, uma restrição e não uma divisão dos seus elementos. Uma modificação importante do usufruto está contida no artigo 1391 quando diz que “o usufruto de imóveis, quando não resulta de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis”. A redação do artigo 715, do Código Civil de 1916 dizia que “o usufruto de imóveis, quando não resulta de direito de família, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis”. Dando ênfase ao princípio da concentração e ao princípio da publicidade, a exclusão do usufruto do direito de família do Código de 1916, com a inclusão da usucapião, o usufruto decorrente de direito de família deverá ingressar no registro de imóveis apenas para efeitos declarativos, sendo sua constituição dada por força da própria lei.

VI.3.f) CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO

ADEMAR FIORANELLI⁵⁹ - **As várias formas de constituição do direito real do usufruto que aportam no registro imobiliário são amplamente conhecidas. Há as que nascem da vontade das partes, por atos inter vivos, a título oneroso, como a instituição e a venda; há os gratuitos, como a doação ou o legado.** Muito mais presente nos negócios gratuitos – como na doação, em que o titular de domínio conserva a utilidade da coisa. O chamado usufruto reservado (ou deducto), embora não comum, pode surgir em título oneroso com dois atos obrigatórios a serem praticados na matrícula. O registro da constituição do usufruto pela reserva e o da doação do imóvel, que passa a ser gravado com o direito real do usufruto. Importante e inovador dispositivo foi incluído no novo Código Civil, no supracitado **artigo 1.391, in verbis: “O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis”**. Referido dispositivo, correspondente ao artigo 715 do Código anterior, obriga, à exceção de usucapião, o registro obrigatório não só do usufruto decorrente da vontade das partes como das demais espécies, como as que decorrem de direito sucessório e de família, que se constituem *ope legis*, os chamados usufruto legal ou viudal. Se antes não obrigatória, a publicidade registrária passa a ser necessária para prevenir terceiros. É a valorização do registro imobiliário, organismo que deve concentrar e dar ampla publicidade às mutações que a propriedade experimenta.

VI.3.g) TRANSFERÊNCIA DE USUFRUTO – CASOS ACEITOS PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

ADEMAR FIORANELLI⁶⁰ - 1. O titular de domínio aliena a nua-propriedade a A e o usufruto a B. O usufruto é aqui constituído, não podendo mais o usufrutuário dele dispor em favor de terceiros, o que caracterizaria o usufruto sucessivo, proibido pela lei. A alienação será possível tão-somente ao adquirente da nua propriedade (A), fato que consolida a propriedade (art.1410, VI). 2. De igual forma, por legado, o proprietário deixa a A a nua-propriedade e a B o usufruto. 3. Outro exemplo, que passará a ser comum com a nova roupagem dada pelo fideicomisso no novo Código Civil, previsto no artigo 1.572, parágrafo único. Se, ao tempo da morte do

testador (fideicomitente), já tiver nascido o fideicomissário, passará o fiduciário a ser usufrutuário do bem fideicometido. A propriedade é bipartida, exercendo o fideicomissário o domínio do imóvel gravado com o usufruto. Nesses três exemplos, a propriedade é bipartida, são operações jurídicas que não afrontam a proibição contida no analisado artigo 1.393, sem qualquer impedimento ou restrição, não existindo qualquer outro dispositivo que direta ou indiretamente venha a impedir referidas transferências. 4. Não há proibição, também, que o nu-proprietário, conjuntamente com o usufrutuário, transfiram o pleno domínio a terceiro. O motivo é simples. Nesse caso, graças à adjunção de todos os elementos da propriedade – uso, gozo e disponibilidade –, consolida-se o domínio pleno da propriedade. Não há a figura do usufruto sucessivo – o que ocorreria se, diferentemente, a propriedade fosse novamente bipartida. Nessa operação, há o cancelamento indireto do usufruto, mantido o seu registro apenas como origem e base da alienação efetuada.

ADEMAR FIORANELLI⁶¹ - Não teria sentido, ou mesmo fundamento jurídico, exigir-se, para alcançar o mesmo propósito, a prévia renúncia do usufruto pelo usufrutuário, para a posterior transferência do domínio pleno do imóvel pelo proprietário. Em qualquer dos exemplos não há a perpetuação proibida do direito real do usufruto, pela consolidação do domínio pleno na pessoa do adquirente. O que se deve prestigiar é a vontade das partes em ato menos oneroso e não proibido pelo legislador. Cabe sim recusar atos que a lei impede, em que o usufruto sucessivo se faz presente. Institui-se em favor de uma pessoa para, com sua morte, ser transmitida a outra. Exemplo clássico que deve ser coibido. A cessão por título gratuito ou oneroso do exercício do usufruto, preservada no mesmo artigo 1.393 do novo Código, não se confunde com o direito real propriamente dito. Relação meramente pessoal e faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, por isso insusceptível de acessar o registro imobiliário.

DIFERENCIAÇÃO⁶² ENTRE	
<u>Cônjuge viúvo</u>	<u>Companheiro viúvo</u>
<p>Para o cônjuge supérstite, sendo o regime da comunhão parcial, ele recebe por direito de meação os bens comunicáveis e por direito de herança mais uma quota parte igual a dos descendentes, tornando-se todos herdeiros necessários dos bens particulares ou incomunicáveis do esposo falecido.</p>	<p>Recebe pela dissolução natural da união e por disposição da legislação pertinente ao concubinato, a meação dos aquestos, que são os bens adquiridos a título oneroso durante a união estável e em contrapartida só terá direito hereditário sobre os bens adquiridos na vigência da união estável, mas nada herdando com relação aos bens particulares do sucedido. Sua cota hereditária fica limitada à meação dos aquestos do autor da herança, recebendo cota igual dos aquestos se concorrer com filhos comuns e a metade dos aquestos se concorrer com descendentes só do falecido. Qual seja, recebe pelo concubinato a sua meação e recebe por herança uma cota igual a dos filhos comuns, ou a metade do que receberiam os filhos só do sucedido.</p>
<p>CONCLUSÃO: A companheira nada irá receber sobre os bens particulares do <i>de cuius</i>, ao contrário da esposa viúva que justamente herdará quinhão incidente sobre os bens incomunicáveis.</p>	
<p>TRATAMENTO DISTORCIVO E DISCRIMINATÓRIO: na atualidade, a Lei nº 8.971/94, a primeira das duas leis concubinárias e que regula exatamente o direito dos companheiros à sucessão, estabelece no seu art. 2º, III, que o companheiro tem direito à totalidade da herança na falta de herdeiros necessários. Ora, se o legislador acha injusto que uma viúva receba bens que não ajudou a construir, que então também retire da sucessão dos aprestos a esposa legítima.</p>	
<p>COMENTÁRIOS: A concubina ou o concubino viúvo, também perdeu espaço por herdar 1/3 da herança se concorrer com outros parentes sucessíveis, entenda-se, ascendentes ou colaterais, enquanto na atualidade, se ausentes herdeiros necessários, a concubina herda a totalidade da herança e afasta da vocação hereditária os colaterais. Pelo texto aprovado, os herdeiros colaterais ficam com 2/3 da herança, e a companheira viúva a terça parte restante.</p>	
<p>NÃO CUSTA LEMBRAR QUE: em se tratando de viuvez conjugal fica mantida a regra do cônjuge sobrevivente afastar os colaterais, o que não acontece na viuvez concubinária.</p>	

EM SUMA

HIPÓTESES	CÔNJUGE	COMPANHEIRO
Sozinho, não havendo descendentes ou ascendentes	Herda a totalidade da herança, não importando o regime de bens.	Herda a totalidade da herança (art. 1.790, IV e 1.844).
Concorrendo com filhos comuns	Herda em condições de igualdade com os descendentes, não podendo sua parte ser inferior a ¼ da herança.	Herda uma quota igual a que couber aos filhos.
Concorrendo com descendentes somente do autor da herança	Herda em condições de igualdade com os descendentes.	Herda a ½ do que couber a cada um dos descendentes.
Concorrendo com descendentes somente do autor da herança E filhos comuns		
Concorrendo com ascendentes em 1º grau (pai e mãe)	Herda ½ da herança e os pais 2/3 restantes.	Herda 1/3 da herança.
Concorrendo com um só ascendente em 1º grau ou ascendente de grau maior	Herda ½ da herança.	Herda 1/3 da herança.

Quadro comparativo com as diversas posições doutrinárias

AUTORES	UNIÃO ESTÁVEL					CA
	Concorrência com filiação híbrida	Concorrência com o Poder Público	Direito Real de habitação	Companheiro como herdeiro necessário	Concorrência com netos comuns	No regime de comunhão parcial o cônjuge herd
CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Não		Sim	Herda por cabeça (art. 1.790, I, do CC.	
EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE		Não		Não		Somente bens particulares
FRANCISCO JOSÉ CAHALI	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Sim	Não	Não	Herda por cabeça (art. 1.790, I, do CC.	Bens particulares e comuns

UNIÃO ESTÁVEL						
AUTORES	Concorrência com filiação híbrida	Concorrência com o Poder Público	Direito Real de habitação	Companheiro como herdeiro necessário	Concorrência com netos comuns	No re com par cônjug
GISELDA MARIA FERNANDES HIRONAKA		Sim	Sim			Son b partic
GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	B partic e co
INÁCIO DE CARVALHO NETO E HÉRICA H. FUGIE	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Sim	Não			B partic e co
UNIÃO ESTÁVEL						
AUTORES	Concorrência com filiação híbrida	Concorrência com o Poder Público	Direito Real de habitação	Companheiro como herdeiro necessário	Concorrência com netos comuns	No re com par cônjug
MARIA HELENA DINIZ		Não	Sim			B partic e co
MÁRIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA	Aplica-se o art. 1.790, I, do CC.	Não			Aplica-se o art. 1.790, III, do CC.	B partic e co

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito das Sucessões – atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Estudo Comparado com o Código Civil de 1916.* 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.132.

² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito de Família*, com anotações ao novo Código Civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 311-312.

³ CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões..* São Paulo: Atlas, 200, p. 102.

⁴ VELOSO, Zeno. *In: FIUZA, Ricardo. (Coord.) Novo Código Civil Comentado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.656-1657.

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil Sucessões.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.

- ⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil - do Direito das Sucessões*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21, p. 53.
- ⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil - do Direito das Sucessões*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21, p. 47.
- ⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil - do Direito das Sucessões*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21, p. 48.
- ⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil - do Direito das Sucessões*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21, p. 53.
- ¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil - do Direito das Sucessões*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21, p. 54.
- ¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil - do Direito das Sucessões*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21, p. 55.
- ¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – De acordo com o novo Código Civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 340-341.
- ¹³ LEITE, Marcelo Daltro. In: GHIARONI, Regina (Coord.). *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 15.
- ¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito das Sucessões – atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Estudo Comparado com o Código Civil de 1916*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.132.
- ¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito das Sucessões*, com anotações ao novo Código Civil. 25. ed. VELOSO, Zeno (atualizador). São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 119.
- ¹⁶ FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões – Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 153.
- ¹⁷ CHELLES, Iagmar Senna. In: GHIARONI, Regina (Coord.). *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 105.
- ¹⁸ GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Comentários ao Código Civil Brasileiro – Do Direito das Sucessões*. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 200.
- ¹⁹ GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Comentários ao Código Civil Brasileiro – Do Direito das Sucessões*. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 16, p. 201.
- ²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil - Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 129.
- ²¹ LEITE, Marcelo Daltro. In: GHIARONI, Regina (Coord.). *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 16.
- ²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil - parte especial – do Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20, p. 56.
- ²³ CHELLES, Iagmar Senna. In: GHIARONI, Regina (Coord.). *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 103.
- ²⁴ FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões – Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 153.
- ²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil - Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 129.
- ²⁶ PACHECO, José da Silva. *Da sucessão do companheiro ou companheira no atual sistema jurídico brasileiro*. COAD/ADV, Informativo n. 51. Rio de Janeiro: COAD/ADV, 2007, p. 949.
- ²⁷ PACHECO, José da Silva. *Da sucessão do companheiro ou companheira no atual sistema jurídico brasileiro*. COAD/ADV, Informativo n. 51. Rio de Janeiro: COAD/ADV, 2007, p. 949.
- ²⁸ PACHECO, José da Silva. *Da sucessão do companheiro ou companheira no atual sistema jurídico brasileiro*. COAD/ADV, Informativo n. 51. Rio de Janeiro: COAD/ADV, 2007, p. 948.
- ²⁹ NEVARES, Ana Luíza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjugue e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 140.
- ³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável, de acordo com o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 6^a ed., p. 107.
- ³¹ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 110.
- ³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 340-341.
- ³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 340-341.
- ³⁴ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito à herança no NCC*. São Paulo: CS Edições Ltda, 2005, p.159.
- ³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 340-341.
- ³⁶ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito à herança no NCC*. São Paulo: CS Edições Ltda, 2005, p.159.
- ³⁷ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 175.
- ³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, p. 60 a 64 (in: OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 175).
- ³⁹ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 176.
- ⁴⁰ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito à herança no NCC*. São Paulo: CS Edições Ltda, 2005, p.164.

-
- ⁴¹ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 174.
- ⁴² OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 174.
- ⁴³ Coluna do Irib publicada no dia 12 de março de 2006, domingo, no caderno de Imóveis do jornal Diário de S. Paulo, registrador Fábio Martins Marsiglió, Oficial de RI de Piedade, SP, e diretor adjunto de Assuntos Agrários do Irib.
- ⁴⁴ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 174.
- ⁴⁵ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 175.
- ⁴⁶ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 175.
- ⁴⁷ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 169.
- ⁴⁸ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 171.
- ⁴⁹ VELOSO, Zeno. *Do Direito Sucessório dos companheiros*, in OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática*. 16^a ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 172.
- ⁵⁰ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁵¹ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁵² FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁵³ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁵⁴ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁵⁵ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁵⁶ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁵⁷ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁵⁸ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁵⁹ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁶⁰ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁶¹ FIORANELLI, Ademar. *O usufruto e o NCC*.
- ⁶² MADALENO, Rolf. COAD. O novo direito sucessório brasileiro, p. 12-13.