

ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Norberto Ungaretti*

Sob a denominação “Da Ordem da Vocação Hereditária” abre-se o Capítulo I do Título dedicado pelo novo Código Civil à sucessão legítima (arts. 1.829 a 1.644). Não houve, nessa disposição da matéria, nenhuma mudança em relação ao Código anterior (arts. 1.603 a 1.619). Onde houve mudanças, e significativas, foi nas disposições sobre a matéria.

Começam pela ordem da sucessão legítima, aparecendo, em primeiro lugar, os descendentes, tal como era antes, mas agora em concorrência com o cônjuge sobrevivente, estabelecendo o art. 1.829, I, que a sucessão defere-se “aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

A regra, pois, é que o cônjuge divide a herança com os descendentes, salvo as hipóteses expressamente mencionadas. Na prática, entretanto, as exceções incidirão mais do que a própria regra, como facilmente se percebe. Assim, o cônjuge *não concorre* com os descendentes quando casado no regime da comunhão universal de bens ou no regime da separação obrigatória, tendo o legislador aqui se enganado na remissão ao art. 1.640, pois o certo seria mencionar o art. 1.641, cujo parágrafo único enumera os casos em que é obrigatória a celebração do casamento sob o regime da separação de bens. *Não concorre* também

* *Desembargador aposentado do TJSC e professor da UFSC.*

quando o regime for o da comunhão parcial e o falecido não tiver deixado bens particulares. A norma faz sentido porque, se o falecido não deixou bens particulares, ou seja, se os bens que deixou foram somente os adquiridos depois do casamento e, portanto, comuns, o sobrevivente já terá participação neles por força da meação, sendo desnecessário, então, que concorra com os descendentes do falecido nos bens da herança. Vale lembrar que, no regime da comunhão parcial de bens, pode haver bens particulares mesmo entre os adquiridos depois do casamento, se incomunicáveis por disposição da lei (art. 1.659).

Resumindo, no que talvez devesse ter sido, por mais precisa e didática, a redação do dispositivo: *o cônjuge somente concorre com os descendentes se o regime for o da comunhão parcial de bens e o falecido tiver deixado bens particulares.*

Omitiu-se o Código, como se verifica pela redação do transcrito inciso I do art. 1.829, em relação à hipótese de casamento celebrado sob o novo regime de bens, o de “participação final nos aquestos” (arts. 1.672 a 1.686). Parece claro, entretanto, que, neste caso, não haverá igualmente concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido, por clara e inequívoca analogia com o regime da comunhão universal de bens. É que aquele novo regime, pela sua natureza e estrutura, também é de comunhão, tanto que dispõe o art. 1.685: “Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código”.

A concorrência, a que se refere o transcrito art. 1.829, I, dar-se-á em todos os bens herdados pelos descendentes do falecido ou somente nos bens particulares?

Para se entender melhor a questão, é preciso considerar, antes de mais nada, que o art. 1.829 está falando de herança, e não de meação. Meação é outra coisa. Meação é a parte do sócio sobrevivente no patrimônio de uma sociedade de dois e que se dissolveu pela morte de um, sendo tal patrimônio de titularidade igual por parte de ambos os sócios, ou seja, cada um tem metade, donde decorre o nome “meação” (metade). A metade do patrimô-

nio que toca ao cônjuge sobrevivente, então, é a meação, e a outra metade, que vai para os herdeiros, é a herança.

Assim, no caso específico de que estamos tratando, ou seja, concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido quando for da comunhão parcial o regime de bens e o *de cujus* tiver deixado bens particulares, é de ver que o(a) viúvo(a) já tem a meação dos bens comuns, pois o regime é de *comunhão*; comunhão parcial, mas comunhão. Logo, haverá patrimônio comum a ser dividido (embora, é óbvio, não necessariamente, mas se não houver patrimônio algum não haverá herança, e aí não teríamos porque discutir este assunto...). A pergunta é: além da meação, o cônjuge sobrevivente vai concorrer na totalidade da herança recebida pelos descendentes do falecido ou a concorrência vai se limitar aos bens particulares?

Embora a omissão do Código, impõe-se, a nosso ver, a resposta pela última alternativa, ou seja, a concorrência vai limitar-se aos bens particulares.

Se não for assim, a lei estará privilegiando os casados no regime da comunhão parcial de bens em relação aos que o forem pelo regime da comunhão universal, uma vez que neste simplesmente não há concorrência alguma com descendentes, ou seja, o sobrevivente recebe a sua meação e mais nada. Mesmo que o falecido tenha deixado muitos e/ou valiosos bens particulares (bens recebidos por doação gravada com cláusula de incomunicabilidade, por exemplo), o(a) viúvo(a) não tem nesses bens qualquer participação, recebendo apenas e tão-somente a sua meação nos bens comuns. Ao passo que, se não prevalecer a interpretação que estamos dando ao disposto no art. 1.829, I, o casado na comunhão parcial de bens será muito mais favorecido, porque receberá, além da sua meação, uma parte na outra parte (herança) e mais uma parte dos bens particulares.

Ora, isso seria, além de discriminatório e injusto, contrário ao espírito dos dois regimes de bens, pois, para efeitos sucessórios, torna a comunhão parcial muito mais ampla do que a comunhão universal, o que é evidentemente contraditório e ilógico, já que, como se sabe, “parcial” diz respeito à parte e “universal” diz respeito à totalidade.

Como está redigido o art. 1.829, I, aliás, e qualquer que seja a interpretação que se lhe dê, a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, no caso específico do regime da comunhão parcial de bens, já será muito mais favorável ao sobrevivente do que a dissolução pela separação judicial ou pelo divórcio, pois, nesta última hipótese, o cônjuge que não é proprietário dos bens particulares neles não terá qualquer participação, ao passo que, havendo morte, a participação será nos bens comuns, acrescida da concorrência com os descendentes nos bens particulares.

Pelo menos isso, e não se pode negar que seja assim, tal a clareza da lei.

Agora, querer acrescentar ainda a participação na herança recebida pelos descendentes, ou seja, na outra meação, é criar situação que injustificadamente privilegia os casados nesse regime e dá a eles, no caso de morte de um dos cônjuges, vantagens e direitos superiores àqueles inerentes aos princípios e às bases em que se estrutura a comunhão parcial de bens.

Não se pode esquecer, ademais, que no regime da comunhão parcial de bens, freqüentemente, os bens particulares são mais valiosos do que os comuns, como no caso, por exemplo, da herança recebida por um dos cônjuges e que, naquele regime, não se comunica ao patrimônio do outro (quantos casais existem que o só ou o mais que tem são bens herdados?) o que significa que, neles participando por morte do cônjuge, o que lhe sobreviver já estará bem contemplado, além da meação nos bens comuns.

Examinadas as hipóteses de concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido, vejamos agora em que bases, do ponto de vista quantitativo, ela se verifica. Sobre o assunto dispõe o art. 1.832: “Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

Em regra, assim, o cônjuge sobrevivente tem direito a uma parte igual àquela que receberem os que sucederem por cabeça, mas haverá um piso, ou seja, um mínimo, se o descendente do

falecido com que o sobrevivente concorrer for também seu descendente. Exemplo típico: mãe ou pai concorrendo com filhos.

Como este é um trabalho sem pretensões, não considerando apequenamento recordar, para melhor compreensão do texto, noções elementares do direito sucessório (o que o leitor certamente já percebeu), parece oportuno lembrar o que é sucessão por cabeça e sucessão por estirpe. Suceder por estirpe é suceder em grupo, suceder por cabeça é suceder individualmente. Assim, por exemplo, se João possuía os filhos Pedro e Manoel, e, quando João morreu, Manoel já era morto, tendo deixado os filhos Antônio, José e Luís, a herança de João vai ser dividida em duas partes iguais: uma para seu filho Pedro e outra a ser partilhada entre seus três netos, representando o pré-morto. Diz-se, então, que Pedro herdou por cabeça e seus sobrinhos herdaram por estirpe, porque herdaram em grupo, dividindo entre si uma quota igual à que o tio recebeu.

Sendo assim, quase sempre se herda por cabeça. Só se herda por estirpe quando os herdeiros estão no exercício do direito de representação, ou seja, representando alguém que já morreu na sucessão daquele de quem o referido “alguém” teria sido herdeiro legítimo.

Exemplificando, então, a primeira hipótese mencionada no art. 1.832: morreu Mateus deixando viúva e cinco filhos. O regime era o da comunhão parcial de bens e o falecido deixou bens particulares. Sendo assim, ela concorre com os filhos (art. 1.829, I). Supondo que a herança seja no valor de R\$ 100.000,00, e devendo a viúva receber um quinhão “igual ao dos que sucederem por cabeça”, divide-se a herança em tantas partes quantos sejam os herdeiros e mais uma, isto é, no caso do exemplo dado, em seis partes, cabendo uma a cada um dos cinco filhos e outra à viúva. Isto daria quinhões individuais e iguais no valor de R\$ 16.670,00, faltando, no total, R\$ 0,02 (dois centavos), “diferença” esta que, para evitar querelas, o autor deste trabalho se compromete a pagar a quem de direito, à vista e em espécie...

Se, porém, os cinco filhos deixados por Mateus também o forem de sua viúva, então esta terá uma quarta parte da herança,

ou seja, R\$ 25.000,00, dividindo-se os restantes R\$ 75.000,00 entre os cinco filhos, o que daria R\$ 15.000,00 para cada um.

E se houver descendentes comuns e não comuns? Nesse caso, fica afastado o direito do cônjuge à quarta parte da herança, pois o que a lei diz é que o seu quinhão não poderá “ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. “*Dos* herdeiros” e não “*de* (alguns) herdeiros”. Logo, não sendo ascendente *dos* (de todos os) herdeiros com que concorrer, não terá direito àquele privilégio.

A não se entender assim, como se entenderia, sem agressão à lógica e ao bom senso? É claro que o cônjuge não terá *sem-pre* direito à quarta parte da herança; fosse esta a intenção do legislador, não haveria a ressalva: “se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. Por outro lado, se fosse para dividir primeiro a herança e depois encontrar a quarta parte apenas nos bens herdados pelos descendentes comuns, então os descendentes não comuns é que ficariam livres da concorrência, e neste caso restaria desatendido o art. 1.829, I, que a impôs entre o cônjuge sobrevivente e *todos* os descendentes do falecido.

Concorre ainda o cônjuge com outra classe de herdeiros: os ascendentes, conforme estabelece o art. 1.829, II. Esta é outra novidade do Código atual, decorrendo, assim como no caso anterior, do fato de que o cônjuge foi incluído entre os herdeiros necessários (art. 1.854).

A esta matéria, reporta-se também o art. 1.837, assim redigido: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Ascendentes em primeiro grau são os pais, que ficarão, então, com dois terços da herança, cabendo ao cônjuge sobrevivente o terço restante. Se sobreviverem ao falecido apenas o pai ou apenas a mãe, aumenta a participação do(a) viúvo(a), que passa a ser em metade do acervo hereditário, o que também ocorrerá se o ascendente ou ascendentes sobreviventes forem de grau maior do que o primeiro, ou seja, se o falecido não deixou pai nem mãe mas deixou avó ou avós, ou até, somente bisavós, hipótese remota mas não impossível.

No caso de os ascendentes do falecido serem seus avós, estes recebem, como visto, a metade da herança. E se forem três estes avós, por exemplo, o avô e a avó maternos e o avô paterno, a parte que lhes cabe não será dividida por três, mas por dois, uma para os avós maternos e a outra para o avô paterno, nisso não havendo novidade em relação ao Código anterior. A regra está no art. 1.836, § 2º:

“Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna”. É o caso: igualdade em grau = todos são ascendentes do falecido em segundo grau; diversidade em linha = uns são da linha materna e os outros da linha paterna.

Esclareça-se que a concorrência do cônjuge com os ascendentes independe do regime de bens e do fato de serem tais bens comuns ou particulares.

Consideramos que não foi feliz o legislador ao instituir, nos termos em que o fez, a concorrência do cônjuge também com os ascendentes. Pelo menos, deveria ter sido tal participação atenuada, ou excluída mesmo, no caso de o falecido ter sido casado no regime da comunhão universal de bens e em havendo patrimônio comum. O cônjuge, além da meação, fica com os benefícios previdenciários e com os seguros, valendo ressaltar a crescente expansão da rede de previdência privada e do uso do seguro em grupo. Os ascendentes, ao contrário, não são contemplados com coisa alguma após a morte do descendente, no qual, entretanto, às vezes muito investiram, afora os trabalhos e ônus, de variada natureza, decorrentes da criação e educação, e justamente quando, já idosos, sentem aumentar seus gastos e diminuir suas forças e rendimentos, além de haverem perdido o socorro que muitas vezes lhes dava o falecido. É claro que existirão situações em que o patrimônio do casal foi adquirido em grande ou até maior parte pelo esforço do cônjuge sobrevivente, mas isso já está coberto pela meação nos mesmos bens.

Haverá, é óbvio, opiniões em sentido diferente da que estamos manifestando, e nisso não há solução mais razoável ou menos razoável do ponto de vista estritamente jurídico, porque é matéria em cuja consideração entram razões e sentimentos de

outra ordem. De qualquer forma, se tivéssemos o hábito do testamento, ou se, por uma questão apenas cultural, não encarássemos com tanta indiferença ou desconfiança as alternativas oferecidas por esse instituto, de prática milenar, para se prevenir eventuais distorções (sempre verificáveis diante do caso concreto) a influírem no processo sucessório das pessoas naturais, esta e outras possibilidades, capazes, em tese, de gerar injustiças, poderiam ser corrigidas ou atenuadas.

A abordagem do problema da concorrência entre cônjuge e descendentes e ascendentes acabou por nos fazer adiantar as considerações cabíveis em torno dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, o qual recebe sozinho a herança do falecido, ou seja, sem concorrentes, no caso de ter chegado a sua vez na ordem da vocação hereditária, na qual ele figura como terceiro colocado, nos termos do art. 1.829, segundo o qual a sucessão legítima defere-se: *III – ao cônjuge sobrevivente*”.

Aqui, como dito, ele não concorre com ninguém, nem seu direito hereditário tem qualquer relação com regime de bens. É que, à falta de descendentes e ascendentes, chegou a sua vez entre os herdeiros legítimos.

Entretanto, não só neste caso, o de ter chegado a sua vez de herdar, mas também no caso de concorrência com descendentes ou ascendentes, o cônjuge tem seu direito condicionado às hipóteses do art. 1.830: “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Portanto, estando separado judicialmente o casal à data do óbito (quando se inicia o processo sucessório), não há falar em direitos hereditários do cônjuge. A hipótese de divórcio não está mencionada no dispositivo, pela óbvia razão de que, depois do divórcio, não há cônjuge, mas ex-cônjuge, e ex-cônjuge não participa, a título nenhum, da sucessão legítima. No caso de separação de fato há menos de dois anos (sempre se tomando como data-base aquela em que ocorreu o óbito), nenhuma restrição sofre o direito do cônjuge, mas, se a separação contar mais de

dois anos, ele será afastado da sucessão, “salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Esta prova deve ser feita, em princípio, não nos autos do inventário, mas em processo à parte, pelas chamadas vias ordinárias. Nada impede, entretanto, que, sendo documental, possa ser apresentada ao Juiz do inventário e por este considerada, ouvidos, naturalmente, os demais interessados. Seria o caso, por exemplo, da inicial de uma ação de oferta de alimentos em que o ofertante, informando que deixou a residência do casal, diz que o fez simplesmente porque deseja reconstituir sua vida com outra pessoa, em nada culpando seu cônjuge por esta situação. Ou uma carta ou declaração de que constem afirmações do mesmo gênero. Enfim, se o cônjuge sobrevivente dispõe de qualquer prova documental no sentido de que a ruptura da vida em comum deu-se sem culpa dele, esta prova pode perfeitamente ser acolhida no Juízo do inventário, desnecessário, assim, um procedimento à parte.

Ainda que, como se verifica, tenha sido favorecido pelo novo Código Civil, que o alçou à condição de herdeiro necessário, o cônjuge sobrevivente perdeu pelo menos uma vantagem que o Código anterior lhe conferia: o chamado usufruto viual. Este incidia quando o regime do casamento não fosse o da comunhão universal e consistia no usufruto, enquanto durasse a viuvez, da quarta parte dos bens do falecido, se houvesse herdeiros descendentes, e à metade, se os herdeiros fossem apenas ascendentes.

O que permanece, e agora independentemente do regime de bens, é o direito real de habitação consagrado no art. 1.831, assim redigido: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Na vigência do Código revogado, o direito real de habitação desaparecia se o(a) viúvo(a) contraísse novas núpcias (art. 1.611, § 2º). O texto novo silencia a respeito, pelo que parece razoável concluir que, se casar outra vez, o sobrevivente não perde o direito

real de habitação que adquiriu pela morte do ex-cônjuge. Trata-se, entretanto, de matéria polêmica, pois se poderá objetar que, o(a) viúvo(a) casando-se outra vez, um terceiro, o novo cônjuge passará a desfrutar de direito real de habitação em imóvel alheio e sem necessidade de pagamento de aluguel ao proprietário, o que não seria justo. Todavia, não se poderá impedir que o titular do direito real de habitação admita outra ou outras pessoas como residentes em sua companhia, muito menos se for aquele(a) com quem eventualmente reconstituir sua vida; e por este fato seu direito não pode ser afetado. Vista a questão sob outro ângulo, dir-se-ia que, com o novo casamento, o cônjuge já passou a ter quem o ampare, inclusive materialmente, não sendo necessário nem justo, portanto, que continue a desfrutar de um bem que não é seu e cuja fruição está interdita a quem seja seu legítimo dono. Tal argumento, entretanto, perde força diante do fato de que, hoje, não há prescrição legal do dever de um cônjuge sustentar o outro. Enfim, o problema está aberto à discussão e para ele a jurisprudência haverá de encontrar adequada solução. Nosso entendimento, entretanto, é o manifestado linhas atrás, ou seja, o de que o novo casamento (assim como a união estável) não afeta o direito real de habitação, porque este direito se incorporou ao patrimônio do que o adquiriu, por disposição expressa da lei, nas condições por ela estabelecidas, e a perda de tal direito não está determinada no caso de que se trata. Impõe-se considerar, entretanto, que se o titular do direito vier a adquirir, a qualquer título, outro imóvel residencial, deve liberar aquele em que habitava, para que seus proprietários o utilizem como lhes convier.

O direito real de habitação de que trata o comentado art. 1.831, convém sublinhar, independe da participação do cônjuge na herança, empregada esta palavra, no texto da lei, em sentido amplo (embora sem a desejável precisão técnica), e, pois, abrangendo também a meação. Isso se conclui pela consideração de que, em caso contrário, o direito real de habitação deixaria de existir se o cônjuge não fosse também herdeiro, e, por outro lado, não faria sentido a amplitude que o legislador desejou conferir ao referido benefício: “[...] qualquer que seja o regime de bens”. Assim, o que quer que o cônjuge sobrevivente tenha recebido em razão da morte do *de cuius*, seja por via da meação, seja por via da

herança, não impede que ele tenha assegurado o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. O falecido pode até ter deixado outros bens imóveis, mas se havia um só residencial, sobre este recairá o direito real de que se cuida. Se o cônjuge, pois, recebeu veículos, ações, dinheiro, objetos de arte etc., ainda assim terá o direito real de habitação relativamente ao imóvel residencial da família, mesmo que a propriedade deste tenha cabido a outrem, e desde que seja o único daquela natureza a inventariar. É natural e conveniente que, na divisão dos bens, dado o princípio da comodidade da partilha, caiba ao cônjuge sobrevivente, quanto seja possível, o imóvel em que residia com o falecido, mas, se assim não sucedeu, está ele amparado pelo direito real de habitação, o que significa que ali poderá residir (apenas residir, mas não alugar ou ceder a terceiros, pois não se trata de usufruto) sem precisar pagar aluguel a quem seja o proprietário do imóvel.

Colocam-se em quarto lugar entre os herdeiros legítimos os colaterais até o quarto grau. O parentesco na linha colateral ia até o sexto grau (art. 331 do Código de 1.916), mas, para efeitos sucessórios, somente até o quarto grau (art. 1.612). Com o novo Código, a limitação no quarto grau foi trazida para o próprio parentesco na linha oblíqua (art. 1.592). Assim, colaterais de quinto ou maiores graus não são considerados parentes para efeitos jurídicos, porque para efeitos afetivos e genealógicos a lei, é óbvio, não pode impor critérios, nada impedindo assim que consideremos “primos”, por exemplo, os tetranetos dos irmãos de nossos tetravós... Mas não para a lei que restringe muito o parentesco nessa linha. Exemplos de colaterais de quarto grau: os chamados “primos-irmãos” (aqueles cujos pais ou mães são irmãos), o irmão do avô (chamado “tio-avô”), o neto do irmão.

Na linha colateral, tal como na linha descendente (não, entretanto, na ascendente), existe o direito de representação. Limita-se, porém, aos sobrinhos, ou primeiros sobrinhos (como se chamava no direito canônico), não se estendendo aos parentes conhecidos como sobrinhos-netos. Assim, se morreu uma pessoa cujos herdeiros são os colaterais (pela inexistência de descenden-

tes, ascendentes e cônjuge) e esta pessoa deixou dois irmãos e quatro sobrinhos, filhos de um outro irmão que morreu antes, a herança será dividida em três partes, uma para cada irmão do falecido e outra para os quatro sobrinhos. Se os sobrinhos, porém, eram cinco, e um deles morreu antes do tio, deixando também filhos, tais filhos, sobrinhos-netos do *de cujus*, nada herdarão. Sobre o tema é clara a disposição do art. 1.840: “Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos”. Aos filhos de irmãos: não, portanto, aos netos de irmãos.

Embora não tenha lugar na ordem da sucessão legítima, porque ordem pressupõe hierarquia, precedência ou preferência, o que não é o caso, o companheiro ou companheira pode suceder nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições a que se refere o art. 1.790.

É a seguinte a redação desse dispositivo: “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 só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

Antes de examinarmos as diferentes hipóteses aí contempladas, convém termos presentes três coisas: 1º) o direito sucessório instituído pelo art. 1.790 é sobre os bens adquiridos *onerosamente* e apenas os que o forem *na vigência da união estável*, convido esclarecer que a aquisição não precisa ter sido feita pelos dois, bastando que tenha sido onerosa; 2º) tal direito não se confunde com o referente à meação, que incidirá necessariamente sobre os referidos bens, pois se aplicam, no caso, as regras sobre o regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros (art. 1.725 c/c art. 1.660); 3º) o companheiro ou companheira, nos bens a que se refere o dispositivo, concorre com todos os herdeiros, variando a extensão (quantificação)

dessa concorrência. Se não houver concorrentes, herda a totalidade da herança.

A hipótese do inciso I é igual à que já vimos quando tratamos do art. 1.832. Não há dificuldade. Se existem três filhos comuns, sendo estes os herdeiros do *de cuius*, a companheira ou companheiro tendo direito a uma quota igual àquela que cada um deles vier a receber, divide-se a herança por quatro partes, uma para cada filho e uma para ele ou ela. Exemplo: herança no valor de R\$ 100.000,00, quatro partes de R\$ 25.000,00 cada uma.

A hipótese do inciso II é de serem herdeiros filhos apenas da pessoa falecida. Nesse caso, o companheiro ou companheira receberá metade do que receber cada um dos filhos. Na mesma herança de R\$ 100.000,00, havendo dois filhos, cada um recebe R\$ 40.000,00 e o companheiro ou companheira, R\$ 20.000,00.

A hipótese do inciso III é a da concorrência com outros parentes sucessíveis, ou seja, com ascendentes, cônjuge ou colaterais, e nesse caso toca-lhe um terço da herança. A possibilidade de concorrência do companheiro ou companheira com o cônjuge do(a) falecido(a) não deve ser excluída, pois o novo Código admite que possa haver união estável “no caso de a pessoa casada se achar separada de fato” (art. 1.723, §1º) e, conforme já vimos, se a separação de fato durar mais de dois anos, sendo que “essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente” (art. 1.830), então teremos possível a união estável de uma pessoa cujo cônjuge, de quem estava separada de fato, pudesse vir a ser seu herdeiro e, assim, nas condições especificadas no artigo, vir a concorrer na sucessão do *de cuius* com a pessoa com quem este convivia. Nossa opinião é a de que o Código, na parte em que tratou da união estável, cometeu um erro, porque se ela aspira à sua conversão em casamento, conforme o texto constitucional que trata da matéria (art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”), os conviventes deverão estar livres para casar-se, daí decorrendo que união estável não deveria existir senão entre pessoas desimpedidas para se casarem. Mas o legislador do Código

Civil não entendeu assim, e o que está disposto sobre a matéria é o que referimos.

Finalmente, a hipótese do inciso IV: não havendo parentes sucessíveis, o companheiro ou companheira herda sozinho. Parentes sucessíveis, ou seja, parentes com direitos sucessórios garantidos pela lei. Por exemplo: a relação biológica pai-filho é parentesco, sem dúvida nenhuma, mas para o Direito tal parentesco somente estará apto a produzir efeitos se a filiação for decorrente do casamento ou, caso contrário, se houver o necessário reconhecimento, voluntário ou forçado, ou, pelo menos, que haja, ainda que em âmbito limitado, prova judicial da referida relação (art. 1.705).

Tudo parece explicado, no referente ao art. 1.790. Mas faltou indagar (e, naturalmente, responder à indagação...): e se alguns dos descendentes do *de cujus* forem comuns e outros não? Ou seja, na hipótese mais freqüente: se ele deixou filhos com a esposa e com a companheira, como se procederá, à vista da redação dos incisos I e II? Vejamos um exemplo. O falecido deixou bens adquiridos onerosamente na constância da união estável em que vivia, no valor de R\$ 240.000,00. A companheira tem direito, desde logo, à meação, no valor de R\$ 120.000,00. É também este, pois, o valor da herança (referentemente àqueles bens, é evidente; se houver mais bens, neles não terá a companheira nenhuma participação, a título algum). O falecido tinha seis filhos, sendo três da esposa de quem era divorciado e três da companheira. Os primeiros devem perder mais em favor da mãe, que terá uma parte igual a cada um deles, e os segundos deverão dividir alguma com ela também, mas perderão menos, porque ao invés de uma parte igual à de cada um deles, ela terá direito apenas à metade. Em princípio, sendo seis filhos e havendo uma herança de R\$ 120.000,00, cada um receberia R\$ 20.000,00. Mas cada um deles tem que perder alguma coisa em favor da concorrente. Então, os primeiros, os filhos comuns, perdem cada um R\$ 5.000,00, recebendo, pois, quotas individuais de R\$ 15.000,00. Os três, em conjunto, perderão R\$ 15.000,00, que serão entregues à mãe deles. Assim, ficará atendida a lei (art. 1.790, I): ela recebeu uma parte igual (“uma quota equivalente”) à de cada um dos filhos comuns

com que concorreu. Quanto aos outros três, com os quais ela concorre em proporção menor, cada um deles receberia também R\$ 20.000,00, mas vai perder R\$ 2.857,15, ficando, pois, com R\$ 17.142,85. A metade desta importância é R\$ 8.571,42. Multiplicando-se R\$ 2.857,15 por três, tem-se R\$ 8.571,45. Ficou atendida a lei: a companheira recebeu metade do que coube a cada um dos descendentes do falecido que não eram também descendentes dela (art. 1.790, II). Ah, sim: há uma diferença de R\$ 0,03 (três centavos), o que, se espera, não seja objeto de nenhuma reclamação...

O Código anterior relacionava ainda, entre os herdeiros legítimos, os Municípios, o Distrito Federal e a União (art. 1.603, V). Continuam tais entes a recolher a herança de quem não tem outros sucessores, mas não integram mais aquela relação, sendo contemplados separadamente no art. 1.844, assim redigido: “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizado nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

A dúvida que o dispositivo sugere é se, não havendo nenhum dos herdeiros relacionados no art. 1.829, a herança vai para o Estado ou será deferida ao companheiro.

Se a intenção do legislador foi, em tais casos, beneficiar o companheiro, como parece mais razoável e justo, deve sem demora alterar o referido dispositivo, porque, do modo como dispôs, neste e em outros artigos que lhe são correlatos, não disse o que supostamente pretendeu dizer.

O art. 1.819, que abre o capítulo referente à herança jacente, estabelece o seguinte: “Falecendo alguém sem deixar testamento, nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e a administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância”.

Condição, pois, para recolher a herança vacante é ser herdeiro legítimo, coisa que o companheiro não é, pois não figura na relação do art. 1.829.

Por outro lado, a referência a “cônjuge ou companheiro”, feita no art. 1.844, deve ser entendida como cônjuge ou companheiro com direito à sucessão, tal como ocorre com os parentes: “parentes sucessíveis”, expressão esta que não poderia abranger cônjuges e companheiros por não serem estes considerados parentes, mas, se para os parentes a lei exige a condição de sucessível, não haveria porque dispensá-la em relação a cônjuges e companheiros.

Assinala-se que o falecido pode ter deixado cônjuge não sucessível. Seria o caso, por exemplo, do casal separado de fato há mais de dois anos, sem que a separação tivesse ocorrido por culpa do *de cuius*. Este teria deixado cônjuge, mas cônjuge não sucessível, ou seja, sem direito sucessório (art. 1.830). Portanto, pode-se falar em cônjuge sucessível, porque há, como visto, o cônjuge não sucessível. Da mesma maneira, pode-se falar em companheiro sucessível, e este é o companheiro nas condições do art. 1.790.

Assim, a melhor leitura, leitura sistêmica, inclusive, do art. 1.844, é que a herança é deferida ao Estado se não houver cônjuge, companheiro ou parente em condições legais de ser herdeiro, valendo lembrar que o testamento é o recurso posto pela lei à disposição das pessoas justamente para, também, prevenir ou corrigir situações de inconveniência ou injustiça criadas pela aplicação da norma geral ao caso concreto, sem contar que o legislador pode e deve, a qualquer tempo, melhorar sua obra, quase sempre bem inspirada, mas muitas vezes mal formulada...