

## **SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE E HERANÇA DO COMPANHEIRO**

CIBELE PINHEIRO MARÇAL TUCCI

A entrada em vigor do novo Código Civil, trouxe o diploma legal da frieza dos arquivos, para a prova de fogo da aplicação prática. Era mesmo esperado que se evidenciassem, de logo, algumas deficiências, ante a magnitude e complexidade da legislação reformada. O que de certa forma desanima é a constatação de que o código está perfeito, em tudo o que repetiu o diploma anterior, com pequenas correções da redação imprecisa ou atécnica. Mas já não se pode dizer o mesmo sobre algumas das inovações introduzidas pelo legislador pátrio. Apesar de longos vinte anos de tramitação, quando o novo Código se distancia do antigo, parece que surge, com frequência, algum senão.

Tome-se como exemplo a condição de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente. Antes de qualquer exame mais acurado da regulamentação legislativa, ousou fazer uma crítica velada, reservando-me o direito de retratação, se a prática apontar para os benefícios dessa novidade (que ainda não alvitro!).

Com efeito, parece-me que o regime anterior satisfazia plenamente os interesses de justiça em noventa por cento das sucessões. Salvo casos teratológicos, era equânime que o cônjuge ou o companheiro fossem os terceiros na ordem da sucessão.

Primeiramente eram chamados os descendentes, na sua falta os ascendentes, e na seqüência, o cônjuge sobrevivente e o companheiro, segundo as modificações introduzidas, em boa hora, pela lei do divórcio, e pela lei da união estável, de 1994, desfazendo graves distorções que anteriormente ocorriam.

Pois bem, via de regra, compareciam à sucessão os descendentes, chamados por cabeça, e com direito à legítima, de modo que continuava assegurado ao autor da herança, o direito de dispor, como lhe aprouvesse, de uma parte dos seus bens (a denominada metade disponível). Pela ordem natural das coisas, os ascendentes raramente sucediam o filho pré-morto, salvo se a morte fosse prematura, de modo a pintar com cores de razoável equidade a entrega da herança a seus ascendentes. Na falta de ascendentes ou descendentes, era chamado a suceder, sem concorrência com terceiros, o cônjuge sobrevivente, ou o companheiro da união estável, a teor do que dispunham o Código de 1916 e o diploma de 1994 (art. 2º da Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994).

Excetuando-se estas (falta de descendentes ou ascendentes), o cônjuge sobrevivente não fazia jus à herança, mas tinha reservadas para si algumas prerrogativas, como o direito de habitação sobre a residência da família, caso o regime de bens fosse o da comunhão universal, e aquele o único imóvel daquela natureza a inventariar; ou, se casado sob outro regime que não a comunhão universal de bens, o cônjuge viúvo tinha direito de usufruto sobre a metade, ou a quarta parte ideal dos bens da herança, dependendo de ter ou não filhos com o autor da herança. Tudo estava em perfeita ordem.

Ocorre que buscando inovar onde a sociedade não reclamava novidade alguma, o legislador incluiu o cônjuge dentre os herdeiros necessários, com direito à legítima, em paridade de condições com os descendentes e ascendentes, reservando-lhe mesmo algumas vantagens sobre esses herdeiros, em certos casos, como procurarei demonstrar.

Em princípio, só o tempo poderá aferir a vantagem ou não dessa novidade legislativa, de modo que as críticas deveriam ser reservados para um momento de maior maturidade da legislação posta em vigor. Ocorre que os dispositivos de lei são tão absolutamente assistemáticos, que veementes críticas (construtivas) podem e devem, desde logo, ser feitas.

A começar pela "quase engraçada" primeira parte da regra insculpida no art. 1.837 do novo Código Civil, que procura guindar à hierarquia de lei federal, um princípio elementar de álgebra:  $x$  dividido por três é igual a um terço de  $x$ ! Em verdade, referido artigo diz (e não precisaria dizê-lo), que se o cônjuge concorre com os ascendentes de primeiro grau (vale dizer, os pais, e só podem ser dois!!) ele herda a terça parte (é lógico). Se apenas o pai ou a mãe do autor da herança comparecer a sucessão, o cônjuge herda a metade (é óbvio, são dois os chamados à sucessão). Por fim, na última parte desse dispositivo legal, restou alguma coisa que faça sentido: se o cônjuge sobrevivente concorrer com ascendente do segundo grau em diante (avós, bisavós - e só esses podem ser mais de dois), cabe-lhe metade da herança. Apenas essa parte do dispositivo se justifica.

Um pouco mais grave é a estipulação no sentido de que se atribua ao cônjuge a quarta parte dos bens da herança, quando concorrer com mais de três filhos seus, à sucessão do seu consorte (art. 1.832). E de se indagar se o legislador achou exagerado que a prole seja composta de quatro filhos ou mais, e por isso teria apenas os descendentes muito

numerosos, com a redução do seu quinhão hereditário, em favor do ascendente comum. Custo a atinar com o espírito de referida norma.

Até aqui, entretanto, as críticas são pitorescas, mas o equívoco não é evidente. Não é o que acontece com o restante da regulamentação legislativa da sucessão legítima do cônjuge, que vai instituir, pelo menos de início, verdadeiro pandemônio de interpretações.

Primeiramente, cabe a indagação: herdam o cônjuge e também o convivente?

Em todo o capítulo que regula o casamento, o legislador foi insistente em referir sempre expressamente às duas figuras, ao cônjuge e ao companheiro; ao casamento e à união estável; como que a desautorizar interpretação que repute existir qualquer sorte de sinonímia entre esses termos. Pois bem, ao regulamentar o direito à herança, sempre o faz em relação ao cônjuge *tout court* (o art. 1.829 chega a referir ao cônjuge casado...).

Isso levaria à conclusão de não estar instituído o direito à herança do convivente de união estável? Ledo engano.

O direito à herança do companheiro vem regrado pelo art. 1.790, outra fonte inexorável de polêmicas, a começar pela localização do dispositivo, inserido entre as disposições gerais do direito sucessório, o que, por si só, já induz a erro.

A legítima do companheiro dependerá de interpretação extensiva dos dispositivos que regulam o direito à herança do cônjuge sobrevivente, por aplicação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

A tese, todavia, não parece que vai angariar muitos adeptos, uma vez que a legislação ordinária atribuiu ao companheiro direito substancialmente diverso da herança do cônjuge.

O convivente tem direito à uma quota parte da herança composta pelos bens adquiridos a título oneroso, durante a união estável (além da meação que retira por direito próprio, é evidente); se concorrer apenas com descendentes do autor da herança, herda a metade dos mesmos bens. Se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes, e até mesmo colaterais), herda 1/3 dessa parte certa da herança, perdendo um grande privilégio que lhe tocava antes da entrada em vigor do novo diploma: ser o terceiro na ordem sucessória, chamado a receber a totalidade da herança.

A lei é omissa quando houver filhos comuns, concorrendo com filhos exclusivamente do autor da herança.. Não se sabe se seria aplicável o inciso I ou II do art. 1.790.

A par dessas, outra grande crítica que se deve fazer é quanto à restrição da herança do companheiro à quota de bens adquirida a título oneroso, durante a união estável. Essa posição traz, indevidamente, para a seara do direito sucessório, a idéia implícita, e totalmente estranha, de que o herdeiro deve colaborar para a formação do acervo hereditário. Isso é no mínimo inusitado. Herdeiro é herdeiro, meeiro é meeiro.

O novo estatuto faz distinção expressa entre companheiro e concubino, sendo esse último o convivente que não pode contrair núpcias com seu consorte, nos termos do parágrafo primeiro do art. 1.723. É preciso, pois, distinguir entre eles. Apenas o companheiro da união pura será chamado à sucessão (com restrições); não aquele contra o qual possam ser opostos os impedimentos matrimoniais do art. 1.521 (salvo o inciso VI, no caso de a pessoa casada se achar separada de fato - qualquer que seja o tempo dessa separação - ou judicialmente). O concubino, assim entendido o companheiro de união espúria ou adulterina, não faz (e já não fazia desde o diploma de 1994) jus a herança de seu consorte.

Outra fonte inexorável de perplexidade é o art. 1.830 que certamente ocasionará a concorrência do direito à herança entre o ex-cônjuge (separado de fato ou judicialmente) e o atual convivente.

Com efeito, durante dois anos após a separação de fato o ex-cônjuge continua com direito à herança de seu antigo consorte. Ora, a observação da vida em sociedade nos dá mostra inequívoca de que dificilmente os separados (de fato ou juridicamente) permanecem celibatários. Via de regra vem a estabelecer rapidamente novo relacionamento amoroso que se converte em união estável. Pois bem, esse período de dois anos de subsistência do direito à herança do ex-cônjuge vai ocasionar, certamente, a possibilidade de concorrerem à mesma herança o antigo cônjuge e o atual companheiro.

Mas não é só. O ex-cônjuge, mesmo que separado de fato há mais de dois anos (sem limite máximo de tempo), pode vir a pleitear o direito à herança, desde que prove que a separação se deu sem culpa sua. A rigor, mesmo separado de fato há mais de vinte anos, o antigo cônjuge pode pretender concorrer à herança do seu ex-consorte se provar, por exemplo, que a separação de fato decorreu de culpa exclusiva do consorte pré-morto, que abandonara o lar conjugal para se unir a terceiro. Essa união, inicialmente adulterina, transmuda-se em união

estável assim que se consolidar, de um lado, a separação de fato, e de outro, a nova entidade familiar (art. 1.723, § 1º).

Em suma, a idéia de inocência ou culpa imiscuída com direito à herança, constitui excrescência injustificável.

A preocupação do legislador era, por certo, que o direito à herança do cônjuge inocente se frustrasse logo após o abandono do lar pelo cônjuge pré-morto. Mas a solução articulada deixa muito a desejar. O prazo do art. 1.830 deveria ser substancialmente reduzido, e a segunda parte daquele dispositivo (a partir de "salvo prova, neste caso"), deveria ser inteiramente revogada.

Por fim, e ainda merecedora de críticas, é a exclusão do companheiro dos benefícios previstos para o cônjuge no art. 1.831. O cônjuge tem direito real de habitação, em determinadas circunstâncias. O convivente não tem mais.

Superado o dilema do companheiro, vem a questão do regime de bens do cônjuge herdeiro: não é sempre que o cônjuge herda, depende do regime de bens do casamento.

Se o regime for o da comunhão universal, o cônjuge retira do monte mor a sua meação (por direito próprio) e não concorre à sucessão com os descendentes e ascendentes do falecido. Só herdará a meação remanescente, esses outros herdeiros necessários, com direito à legítima. Na falta deles é que se chama o cônjuge.

Se o regime for o da separação obrigatória (e está errada a remissão ao art. 1.640, deveria ser feita ao art. 1.641), o cônjuge também não herda, porque o legislador entendeu (desta vez, com razão), que o mesmo imperativo que determinou a divisão dos patrimônios em vida, durante o casamento, deverá subsistir após a morte. O cônjuge só herda como terceiro chamado à sucessão.

No regime da separação convencional, fazendo tabula rasa da vontade dos cônjuges, o legislador não respeita o que eles avençaram por ocasião do pacto ante-nupcial, e estabelece que mesmo não tendo sido meeiro em vida, o cônjuge será herdeiro necessário, concorrendo com descendentes ou ascendentes. Aos irresignados restará o caminho do testamento da parte disponível, atribuindo-a exclusivamente aos descendentes ou ascendentes, com vistas a reduzir (e não pode deserdar) a legítima do cônjuge com quem não se quis partilhar os bens em vida (e provavelmente não se pretendia agraciar com qualquer herança).

A maior confusão, entretanto, está plantada quando o regime for o da comunhão parcial de bens. O dispositivo de lei que institui a concorrência do cônjuge à legítima determina, com outras palavras, que: o cônjuge não será herdeiro em concurso com descendentes ou ascendentes (...) se o autor da herança não houver deixado bens particulares. A primeira vista, o raciocínio é lógico. Se não houver bens particulares, o sobrevivente terá direito à meação sobre a totalidade do acervo hereditário, e não deverá herdar, como não herdará, também, o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal.

Ocorre que existindo bens particulares, deixados pelo autor da herança, o cônjuge sobrevivente é chamado à sucessão indistintamente! O legislador não disse que a sua legítima só recai sobre esses bens particulares. Recairia também sobre a outra meação (aquela que objeto de herança dos descendentes ou ascendentes) ?! E, por outra, basta ter apenas um singelo bem particular, para que se faça tão grande diferença?!

Imagine-se, por exemplo, um acervo muito valioso, todo comunicável aos dois cônjuges, sendo que um deles tem apenas um automóvel antigo e desvalorizado como bem particular seu. Nessa hipótese, o cônjuge seria chamado à sucessão e dividiria por cabeça, com os descendentes, dito automóvel e toda a meação deixada pelo de cujus ? Inversamente, se não existir o tal automóvel, o cônjuge sobrevivente só sai com a sua meação? Isso não tem a menor lógica, e as soluções não poderão ser casuísticas, dependendo do exame concreto do valor da herança.

Deverá prevalecer, portanto, a interpretação no sentido de que, na hipótese prevista em abstrato pela segunda parte do inciso I, do art. 1.829 (regime da comunhão parcial), a legítima do cônjuge sobrevivente só incide sobre os bens particulares, e ele não faz jus a nenhuma quota parte ideal sobre a metade dos bens comuns, que pertencia ao seu consorte pré-morto (equivalente àquela que ele próprio já recebeu).

À guisa de conclusão, e com sinceridade de propósitos, submeto à crítica construtiva, esses aspectos, apontando como necessárias e urgentes, as seguintes reformas:

1. corrigir a remissão ao art. 1.640, feita no art. 1.829.
2. restringir o direito de habitação apenas ao cônjuge ou companheiro que não for chamado à sucessão na condição de herdeiro.

3. esclarecer que o direito à legítima do cônjuge casado com comunhão parcial de bens só incide sobre os bens particulares do cônjuge pré-morto.
4. permitir que os pactos antenupciais excluam o direito à legítima do cônjuge casado sob o regime da separação convencional.
5. permitir que os contratos de convivência excluam o direito à herança (legítima ou não) do companheiro.

Com maior parcimônia e cuidado, ousou ainda questionar se não seria o caso de efetivamente equiparar o cônjuge ao convivente, conferindo a esse último o direito à legítima, em paridade de condições com o cônjuge. Não vi grande conveniência na novidade sucessória, mas, uma vez instituída, não vejo razão para o tratamento diversificado entre cônjuge e companheiro.