

# Sucessão dos Descendentes, Sucessão dos Cônjuges e Sucessão na União Estável

**LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO**

*Defensor Público de classe especial. Professor da EMERJ e do CEPAD.*

O tema “Direito Sucessório no Novo Código Civil” tem despertado, eu diria, muitas paixões, até porque todos nós morreremos e, portanto, alguma coisa acabamos por deixar para as nossas gerações seguintes.

Ao contrário do que muitos afirmam - conheço alguns palestrantes que dizem que a melhor solução é rasgar o novo Código - acredito que o Código, como diz o meu amigo Capanema, é uma obra imperfeita, por ser humana, cabendo àquelas que gostam do Direito, que decidem as questões, que militam nos fóruns diariamente, aperfeiçoá-lo. Já há um projeto (nº 6.960 de 2002) em tramitação no Congresso Nacional, que visa a reformar o Código atual, modificando-o em muitos artigos, principalmente nas questões mais relevantes do Direito Sucessório.

O tema sobre o qual me coube conversar com os senhores e com as senhoras é a sucessão legítima e, especialmente, a ordem de vocação hereditária em relação aos descendentes, aos ascendentes, ao cônjuge sobrevivente e ao companheiro na união estável - que, até pouco tempo, era chamado de convivente pela Lei 9.278/96.

Essa ordem de vocação hereditária é uma ordem preferencial em que o legislador decide, na falta de testamento, quem é que vai recolher a herança, de acordo com a vontade presumida do falecido. Hoje está disposta no artigo 1.829, incisos I a IV, que diz (substituindo o artigo 1.603, I a V do Código de 1916, que entrou em vigor em 1917): “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes...” - ou seja, o primeiro na ordem de vocação hereditária é o descendente, é o preferido pelo le-

gislador; diz-se sempre, ou se dizia no antigo sistema, que a afeição descia, depois subia e depois ia para o lado, em relação ao cônjuge sobrevivente - “... aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente...” - o cônjuge sobrevivente, seguindo a esteira do Código Civil Português, do Código Civil Mexicano e outros, passa a ser herdeiro necessário (há agora regra expressa no artigo 1.845: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”), porém, nessa hipótese do inciso I do artigo 1.829, ele concorrerá com os descendentes, que estão em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária - “... salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal...” - porque o legislador, aqui, prevê o seguinte: se o regime é o da comunhão universal, normalmente, salvo as exceções legais, os bens presentes, passados e futuros se comunicam. Então, o cônjuge sobrevivente em concorrência com o descendente já estaria economicamente amparado. Isso não é uma realidade, porque pode acontecer que a pessoa seja casada pelo regime da comunhão universal e não tenha havido comunicação (os bens todos são particulares), por exemplo, na hipótese em que alguém deixa uma herança ao seu filho com cláusula de incomunicabilidade, ou inalienabilidade que abrange a incomunicabilidade. Mas, de qualquer modo, normalmente o que ocorre é que o cônjuge já está amparado com a meação, e todos nós sabemos que meação não é herança, e sim uma comunicação decorrente do regime de bens de casamento.

Na segunda hipótese, que é uma exceção - se for casado pelo regime da

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 17/1/2003

separação obrigatória de bens, que está no artigo 1.641, - aqui já há um engano do legislador. Uma das causas, a mais famosa, do regime de separação legal ou obrigatória imposta pelo legislador, no Código de 1916, é a do homem maior de 60 anos e da mulher maior de 50 anos. O legislador demonstra entender que, na realidade, quando alguém se casa com uma pessoa maior de 60 anos está se casando com um homem totalmente desprovido de encantos e, portanto, vai haver interesse econômico no casamento, e em havendo interesse econômico, impõe-se o regime da separação. Inclusive, há um acórdão do Tribunal de São Paulo, que considera a regra do Código de 1916, artigo 258, parágrafo único, inciso I, inconstitucional por ofender as cláusulas constitucionais da tutela da dignidade humana e da igualdade.

Mas o *novel* legislador o que faz? Em vez de retirar a regra, aumenta a idade para a mulher, sendo obrigatório o regime da separação de bens do casamento para as pessoas que o contraírem sem observância das causas suspensivas - são os antigos impedimentos impedientes - e da pessoa, homem ou mulher, maior de sessenta anos de idade. Numa época em que existem academias de ginástica e uma série de outras alternativas rejuvenecedoras, acho absurda a manutenção deste dispositivo. Finalmente, há o inciso III, que é uma tradição no nosso direito, uma regra protetiva de todos aqueles que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Ocorre que o legislador, excluiu o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação legal ou obrigatória da herança, quando concorrer com descendentes. Pelos debates do Congresso - eu participei, inclusive, do grupo de juristas que foi ao STJ propor enunciados sobre o Novo Código Civil - neste caso, como o legislador prefere o descendente, vamos excluir o cônjuge sobrevivente, porque ele já estaria amparado pela Súmula 377 do STF que diz que, no regime da separação obrigatória, os aqüestos, os bens adquiridos a título oneroso,

sem que haja sub-rogação ou substituição, se comunicam ao outro cônjuge. Acontece que essa súmula se baseou no artigo 259 do Código de 1916, que se referia à separação convencional, ou seja, no silêncio do contrato, os aqüestos se comunicariam ao outro cônjuge. O Ministro Moreira Alves, defendeu uma interpretação que hoje é minoritária em relação a essa súmula e dizia que bastava que a pessoa tivesse se casado pelo regime da separação obrigatória; se um deles adquire um aqüesto, se comunica ao outro, por analogia ao artigo 259.

Mas o STJ não entendeu dessa forma e, sim que, na realidade, só haveria essa comunicação se houvesse esforço comum na aquisição desse aqüesto, sendo esta a interpretação mais recente. Acontece que muitos já estão entendendo que a súmula 377 do STF perdeu a eficácia, porque o artigo 259 do Código Civil de 1916 não foi mantido pelo Código atual. E, como há uma previsão nas disposições transitórias dizendo que o novo Código Civil revoga inteiramente o Código anterior, já há quem afirme - não é um posicionamento majoritário ainda - que essa súmula não tem mais aplicação. Isso pode provocar uma profunda injustiça, por exemplo: um cônjuge sobrevivente, "do lar", que for casado pelo regime da separação legal ou obrigatória ficará sem amparo algum; nem vai concorrer à herança, nem terá direito à meação. No entanto, o legislador entendeu por bem que, no regime da separação obrigatória, não haverá direito de herança se concorrer com descendentes do falecido, o cônjuge sobrevivente casado por esse regime.

Uma outra exceção a essa regra da concorrência é se, no regime da comunhão parcial, o falecido não houver deixado bens particulares. O meu amigo, Professor Cahali, já falou sobre isso e, aqui, surge uma dúvida que é a seguinte: vamos supor que alguém tenha casado e adquirido, na constância do casamento, dois imóveis. Não existem bens particulares e o falecido deixou um descendente. Nesse caso, o cônjuge sobre-

vivente, casado pela comunhão parcial, como já está garantida a meação nestes aqüestos, não concorre na herança em relação aos descendentes, é o que diz a parte final do inciso I do artigo 1.829.

Por conseguinte, se existirem bens particulares, a herança do cônjuge supérstite vai ser composta da meação do falecido e dos bens particulares? Ou só dos bens particulares? Segundo o próprio Professor Cahali, existe uma pessoa que está escrevendo junto com ele a respeito da matéria, que discorda de sua opinião. Ele, como eu, entende que se o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. A herança é o conjunto de bens, direitos e obrigações do falecido. É uma universalidade de direito. Então, portanto, se o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da comunhão parcial, concorrer com descendentes porque existem bens particulares, a herança a que ele vai concorrer, já sendo meeiro daquela parte que é dele, será composta da meação do falecido e mais dos bens particulares. Eu não vejo como restringir essa herança apenas em relação aos bens particulares.

E uma outra observação muito importante: o advogado brasileiro é super criativo. Vamos supor que uma pessoa esteja advogando para uma viúva, casada pelo regime da comunhão parcial. Existe a ser inventariado, em princípio, apenas um imóvel adquirido na constância do casamento a título oneroso – um aqüesto. E, o que será arrolado no inventário para que ela possa concorrer com descendentes do falecido, principalmente se não forem filhos comuns? Se for assistida pela Defensoria, os defensores vão arrolar aquele conjunto de móveis comprados nas Casas Bahia, junto com aquela meia-água; ou então, até um liquidificador, ou o retrato do bisavô que está na parede – são bens particulares. A coisa, como dizem os alemães, é o bem jurídico material com valor econômico. Então, sempre existirão, a meu ver, bens particulares. Se for uma família de classe média, existirá sempre o quê? Um

automóvel. Esse automóvel pode não ser um aqüesto. Pode ser recebido por herança, ou então o valor da herança pode ter sido empregado na aquisição do automóvel.

Tenho a impressão de que o legislador foi infeliz aqui, ou seja, essa inclusão dos bens particulares vai dar muito problema para os magistrados. Na Defensoria Pública, podem ter certeza, de que quando se vai fazer um inventário, ao ser perguntada sobre o que tem para inventariar, a viúva afirma que tem somente uma meia-água que o marido comprou na baixada fluminense etc. Agora, surgirão os bens móveis também. Normalmente, bens móveis não são inventariados para que não haja pagamento de imposto – essa é a realidade. Mas nessa hipótese, vão surgir o tapete, o ar condicionado de 18.000 BTU'S etc, especialmente se os filhos não forem comuns. Se os filhos forem comuns, eu acredito que não vá acontecer esse problema, mas se os filhos descenderem exclusivamente do falecido, os bens particulares irão surgir como um milagre, sabendo-se que todas as questões serão decididas pelo juiz do inventário. E se a questão for de alta indagação, remeter-se-á às vias ordinárias. Mas, atenção: as notas fiscais a partir de agora serão de suma importância. Todos juntem as notas fiscais dos tapetes e do liquidificador. E, ainda: se eu disser para os assistidos ser um bem desprezível aquele conjunto que pagaram em dez prestações nas Casas Bahia, eles não aceitarão isso nunca!

Dessa maneira, quais são os regimes em que podemos admitir, sem discussão, a concorrência do cônjuge sobrevivente com o descendente? O regime da separação convencional - e eu entendo que, com a supressão do artigo 259, será sempre separação convencional absoluta - e o regime da participação final dos aqüestos. Na comunhão parcial, nós temos os problemas antes mencionados para resolver.

E como será feita a partilha? O artigo 1.832 diz o seguinte: “*Em concorrên-*

cia com os descendentes (art. 1.829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça...” - isso é uma reprodução imperfeita do artigo 2.139 do Código Civil Português - “...não podendo a sua cota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”. Aqui, se garante ao cônjuge sobrevivente, uma cota mínima, como explicou o Professor Cahali. Se o falecido deixa um descendente comum, a partilha se faz por cabeça, dividindo-se a herança pelo número de herdeiros: metade para o descendente comum, metade para o cônjuge sobrevivente; se dois descendentes comuns, 1/3 para um descendente, 1/3 para o outro descendente e 1/3 para o cônjuge sobrevivente; se três descendentes comuns, 1/4 para cada herdeiro. A partir de quatro descendentes comuns, garante-se uma cota mínima para o cônjuge supérstite. Se os descendentes não forem comuns não há que se falar, a *contrario sensu*, em cota mínima.

O legislador, porém, não disciplinou a hipótese de existirem filhos comuns e filhos não comuns (filiação híbrida). Neste caso haverá a garantia da cota mínima? Eu entendo particularmente o seguinte: se o legislador prefere o descendente, primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, ao cônjuge sobrevivente que é mero concorrente, inserido em terceiro lugar nesta mesma ordem, não é possível se prejudicar um filho não comum com a aplicação do princípio da cota mínima. Acho que essa cota mínima só terá garantia quando existirem apenas filhos comuns. Havendo, repito, filiação híbrida, não haverá a garantia da cota mínima e a partilha se fará por cabeça.

Mas será que aqui não estaria havendo discriminação proibida (e aí, eu entendo que é inconstitucional) como já levantou o Desembargador Sidney? Pelo artigo 227, parágrafo 6º da Constituição, os filhos não podem ser discriminados entre si, inclusive, em relação a direitos sucessórios. No caso de garantir-se uma cota mínima para o cônjuge com

prejuízo dos descendentes comuns, o que não ocorre com os descendentes não comuns, vão-se gerar juridicamente diferenças entre eles e, ao meu ver, poderemos argüir a inconstitucionalidade, pelo menos no caso concreto, desse artigo 1.832. É uma questão que deve ser decidida futuramente, mas devemos pensar sobre ela.

Regra importante que foi mencionada pelo Professor Cahali, o artigo 1.830 diz o seguinte: “*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*”. Tal dispositivo, na realidade, é uma reintrodução no nosso Direito de dispositivo das Ordenações Filipinas. E o que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo atualmente? O que justifica meação no casamento e o que justifica direito sucessório entre os cônjuges, é a *affectio maritalis*. Os romanos já diziam, na sua sapiência: “o que interessa no casamento é a afeição entre os nubentes, é a intenção de permanência na sociedade conjugal”. Ora, se os cônjuges estão separados de fato, há um tempo suficiente para que qualquer um deles possa propor o chamado divórcio direto, numa situação jurídica que a jurisprudência vem denominando de divórcio de fato, não há justificativa para uma pessoa separada de fato, se não há mais afeição marital, ser sucessora, herdeira, continuadora da pessoa do falecido. É exatamente o que dispõe o artigo 1.830.

Ao mesmo tempo, que sofreu crítica pelo Professor Cahali, o legislador acrescenta: “...*salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente*”. Eu entendo que essa culpa, aqui, é a que nós temos que extrair, por analogia, do artigo 5º da Lei do Divórcio, e que continua sendo mencionada no Código Civil novo. Eu me lembro de uma palestra feita aqui na EMERJ. O tema era a Separação Judicial com Culpa e um juiz de Minas Gerais

ministrou também uma palestra sobre Separação Judicial sem Culpa. Acabei a minha palestra dando todos os aspectos da separação no novo Código, inclusive quanto às demandas judiciais e suas causas: você é culpado, houve adultério, houve conduta desonrosa, violação grave de um dever do casamento, etc.... E eu lembro que esse juiz – que é uma pessoa ótima – começou sua palestra de pé, dizendo assim: “eu não aceito separação com culpa, porque todo ser humano é falível e quando alguém trai, na realidade, a culpa é do outro que induziu a traição, porque o ser humano é recheado de imperfeições”.

Ocorrendo esta hipótese, o juiz do inventário terá que remetê-la às vias ordinárias, pois trata-se de questão de alta indagação, haja vista a necessidade de prova substancial. Vamos supor que um sujeito tenha expulsado a mulher de casa. Ele a seviciava, batia, maltratava, injuriava seu cônjuge, e ela foi obrigada a se retirar do lar conjugal. Dois anos depois, já convivendo com uma outra, ele vem a falecer, e essa primeira mulher está numa situação muito difícil patrimonialmente; ela foi uma perfeita esposa, porém foi expulsa de casa e trocada por outra. Neste caso, será que não se poderá conceder direitos hereditários a esse cônjuge? Os Defensores em Vara de Família que estão aqui presentes se deparam com isso a toda hora. O homem a seviciou, a expulsou; e ela não vai poder reivindicar a sua qualidade de sucessora, quando não teve nenhuma responsabilidade sobre o ocorrido?

Tal questão deverá ser enfrentada. Vamos supor que em ação própria, numa ação declaratória, utilizando-se do artigo 4º do CPC, a pessoa prove que foi expulsa de casa por tornar-se insuportável a vida em comum. E aí, surge o problema: a quem o juiz vai deferir o direito sucessório? É à atual pessoa que vivia numa união estável, numa união de fato com o falecido, ou é ao cônjuge – que ainda é cônjuge – que foi afastado do lar conjugal? Se o legislador concede uma oportunidade para ela fazer essa prova,

Vossas Excelências terão que decidir. Eu, particularmente, embora defensor intransigente da união estável, penso que nesse caso, mormente, se ela foi expulsa de casa para o homem ficar com a outra mulher, deferiria o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, e não à companheira. Mas vai depender, a meu ver, e muito, do caso concreto apresentado em juízo.

Não se aplica o mesmo raciocínio se uma pessoa simplesmente se retirou de casa por acordo, por conveniência, ou se saiu de casa porque não quis mais continuar a viver junto, passando o outro cônjuge a constituir uma união estável. Aliás o novo Código hoje é expresso: é possível união estável numa mera separação de fato. Está no artigo 1.723. Neste caso, é completamente diferente. Um cônjuge saiu de casa, o outro passou a viver uma nova união, numa família protegida constitucionalmente.

O direito sucessório, em regra, como veremos, tem que ser deferido para companheira, e não para o cônjuge sobrevivente. Porém, no caso de culpa - e ela existe, *habemus legis*, está regulamentada a separação com culpa no Código novo também – (infelizmente, para o meu amigo juiz e Professor de Minas Gerais), eu o deferiria para o cônjuge sobrevivente. Mas, de qualquer forma, o mais importante é nós voltarmos às Ordenações, ao direito romano primitivo. Não justifica, ausente a *affectio maritalis*, que um cônjuge herde do outro nessa situação jurídica. Prosseguindo, não havendo descendentes, o inciso II do artigo 1.829 diz: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge...”. E, aqui, com um detalhe: haverá essa concorrência sucessória independentemente do regime de bens. Não existem aquelas exceções previstas no inciso I do artigo 1.829. Qualquer que seja o regime de bens, não existindo descendentes, o cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes.

E como será feita a partilha? “Art.1.837. Concorrendo com ascendente

*em primeiro grau...*” - ou seja, pai e mãe do cônjuge falecido - “...ao cônjuge tocará um terço da herança...” - 1/3 para o pai do falecido, 1/3 para a mãe do falecido, 1/3 para o cônjuge sobrevivente - “...caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente...” - pai ou mãe do cônjuge falecido, do hereditando - “...ou se maior for aquele grau”.

Pode então ocorrer a hipótese de morrer o filho e concorrer à herança, de um lado, o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens e, de outro lado, a sogra: metade para cada um - será a vingança do cônjuge: “Ora, você impôs o nosso casamento, eu tive que ir a um cartório, fazer um pacto antenupcial pelo regime da separação convencional, mas agora eu me vingo: metade do patrimônio é meu, e metade do patrimônio é seu. E, no caso de um outro regime qualquer, eu ainda estou com mais do que você, e por quê? Porque eu tenho meação, e meação não é herança. Então, eu tenho a minha meação e vou disputar meio a meio com você, minha querida sogra, a herança” - essa será a vingança das noras, futuramente, no novo Código Civil.

Reparem no antigo Código Civil a ordem de vocação hereditária. Temos que continuar estudando o antigo Código porque o que interessa na sucessão, pelo princípio do direito alemão incorporado ao Código de Napoleão, é a *saisine*, ou seja, a transmissão imediata da propriedade e da posse aos herdeiros legais e testamentários no momento do falecimento, sendo regida pela lei então em vigor. Pode acontecer que alguém tenha falecido semana retrasada, antes da entrada em vigor do novo Código, e o inventário vai ser aberto daqui a cinco anos. A ordem de vocação hereditária não será essa ordem do novo Código - e sim a ordem prevista no Código de 1916 (artigo 1.603, I a IV).

Finalmente, no inciso III do artigo 1.829, em não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente recebe toda a herança legal ou legítima. É lógico que pode não receber tudo. Mes-

mo como herdeiro necessário, uma regra que continua fundamental no novo Código é aquela regra do artigo 1.789 - “Havendo herdeiros necessários...” regra Justiniana, na Novela 115 - “...o testador só poderá dispor de metade da herança”. Só pode dispor da parte disponível da herança. O cônjuge sobrevivente então, receberá, ou toda a herança na falta de testamento válido, ou apenas a metade.

Por derradeiro, em relação aos colaterais, o sistema do novo Código continua o mesmo, com uma observação que foi até objeto do último concurso do Ministério Público: antigamente, pelo Código de 1916, quando a doutrina e a jurisprudência analisavam o artigo 1.617, *caput*, que dispunha: “em falta de irmãos, herdarão os filhos destes”, ao concorrerem tios e sobrinhos, colaterais de terceiro grau, afirmavam que a herança seria somente deferida para os sobrinhos, que são geralmente forças mais novas e conseqüentemente estariam mais necessitados. Agora, tal entendimento ficou claro. O artigo 1.843 do novo Código esclarece: “Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios”.

Tenho uma observação importante a fazer a respeito da palestra do Professor Cahali. Ouso dele divergir com relação ao seguinte: ao dispor, em termos de Direito de Família, a respeito da presunção “o pai é o que as núpcias demonstram”, (que continua a existir, embora muito mitigada), o legislador diz, no art. 1597, III, que se presumem concebidos na constância do casamento, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, ou gerados a qualquer tempo (inciso IV), quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga.

O que é que existia no Código de 1916? Vamos supor que o marido com um câncer terminal, por testamento particular ou instrumento público, manifestasse a vontade de uma reprodução assistida com o seu próprio sêmen. Nesse

caso, há um entendimento de uma professora aqui no Rio de Janeiro, da UERJ, de que por analogia ao antigo artigo 1.718 – da prole eventual – mesmo que a concepção se dê depois da morte, ferindo, em princípio a *saisine*, que é a transmissão imediata da propriedade e da posse aos sucessores no momento do falecimento, que nesse caso dever-se-ia respeitar a vontade do falecido e esse filho também concebido *post mortem* receberia direito sucessório. Esse era o entendimento incipiente sobre a questão.

Entretanto, vários autores diziam que isso não seria possível, ou seja, se no Direito Brasileiro a transmissão sucessória se faz no momento da morte, se um filho foi concebido *post mortem*, embora havendo a vontade do autor da herança – do testador – esse filho não receberia a herança e isso é até regra no Código Civil Francês.

Agora, o novo Código, inovando um pouco na matéria, quando trata da vocação hereditária, diz no artigo 1.798: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Que tipo de sucessão? A legítima e a testamentária. E no artigo 1.799 – a Dra. Cláudia Nogueira vai falar sobre isso – admite a possibilidade de sucessão testamentária para o concepturo, como também admite o fideicomisso beneficiando como fideicomissário o concepturo (art. 1952). Artigo 1.799: “*Na sucessão testamentária, podem ser chamados a suceder: I – os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão*”. Assim, literalmente, pelo Código Civil novo, não vai ser possível ao concebido *post mortem*, na sucessão legal, tornar-se sucessor. Se a legitimação para receber a herança, legal ou legítima, está no artigo 1.798, uma regra que não existia no Código de 1916, só poderá recolher a herança ou uma pessoa já nascida, desde que reconhecida, voluntariamente ou judicialmente, ou uma já concebida no momento da morte – o nascituro. Como afirma o Direito Romano: para efeitos sucessórios, o nascituro considera-se nascido.

Mas, de qualquer maneira, entendendo que, mesmo com a regra do artigo 1.798 do Código atual, o concepturo terá direito sucessório, por um motivo muito simples: pela aplicação a Constituição Federal. Todos sabem que há regra de igualdade de direitos entre os filhos de qualquer natureza, inclusive sucessórios – artigo 227, parágrafo 6º da Constituição. Ora, se o legislador diz com todas as letras, nem precisaria dizer, que há uma presunção de que o filho é do marido da mulher casada, desde que haja, pelo menos, essa reprodução assistida homóloga, ora, ele é filho, jurídica e biologicamente falando. Portanto, se ele é filho, jurídica e biologicamente falando, a regra Constitucional tem prevalência imediata no Direito Civil.

Então, a meu ver, Vossas Excelências – Magistrados – não poderão excluir do direito sucessório esse filho concebido após a morte, desde que, a meu ver, haja algum tipo de manifestação do falecido nesse sentido. Eu entendo, e a maioria dos doutrinadores entendem, inclusive o Prof. Tepedino, que examina profundamente essa questão, que as regras constitucionais são de aplicação imediata ao direito infraconstitucional e, portanto, não pode haver discriminação entre filhos de qualquer natureza.

Repito: se o legislador o considera filho, a filiação produz vários efeitos jurídicos, inclusive efeitos sucessórios, pois ele não pode ser discriminado. A solução é a do Professor Arnoldo Wald para o concepturo: o juiz terá que reservar, nessa hipótese, uma cota hereditária e, posteriormente, realizar uma sobrepartilha. Essa é a minha opinião. Eu sei que existe corrente dizendo que não vai ser possível, pelo sistema da *saisine*, até pelo direito adquirido de outros eventuais filhos que o concepturo possa receber herança legítima. Entendo que sim, por força da matriz constitucional. Em termos de ordem de vocação hereditária dos descendentes, ascendentes, cônjuge ou sobrevivente, acho que essa é a principal modificação.

Em relação ao Poder Público, acho que agora o assunto ficou claro. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o Poder Público não é herdeiro, mas meramente sucessor e que para ele não há *saisine*, não há transmissão imediata da propriedade da posse, sendo preciso um procedimento de herança jacente e depois uma sentença que transforme essa herança em vacante, havendo propriedade resolúvel e propriedade definitiva se a sentença for proferida cinco anos depois da abertura da sucessão, vide o artigo 1.822.

No novo Código Civil não consta mais na ordem de vocação hereditária o poder público, ele não está mais relacionado no artigo 1.829. Sendo assim, a meu ver, está consagrada a tese do STJ – ele não é herdeiro, mas sim sucessor, e o único sucessor obrigatório. Não vamos confundir herdeiro necessário com sucessor obrigatório. O único sucessor obrigatório é o poder público porque não pode renunciar a herança, uma vez que os bens são devolvidos à comunidade onde o defunto tinha o seu centro de ocupações. Assim, ele é um sucessor obrigatório. Defendo tal tese até porque em termos de Defensoria Pública ela muito me interessa para efeitos de usucapião. A título de exemplo, alguém está possuindo com posse *ad usucapionem* e falta meio ou um ano para a consumação da aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva e de repente morre a pessoa em cujo nome está registrado o imóvel, sendo arrecadado seus bens no procedimento de herança jacente. Antes da sentença que transforma a herança jacente em vacante, consuma-se o prazo para o usucapião. O meu entendimento, logicamente, como sou Defensor Público, é de concordância com o STJ, ou seja, em que na realidade a propriedade do Poder Público só se inicia não com a morte, mas sim com o momento da sentença que transforma a herança jacente em vacante. A partir deste momento o bem não pode mais ser usucapido. A Súmula 340 dispõe que os bens públicos não podem ser objetos de

usucapião. Isso está no novo Código Civil no art. 102. Antes disso, como ele não é um herdeiro e sim um mero sucessor, consuma-se o usucapião em favor, provavelmente, dos nossos assistidos, na qualidade de usucapientes.

Vamos examinar agora o artigo 1.790, que é um artigo que traz inúmeras dificuldades: “*A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável nas condições seguintes: ....*” Em primeiro lugar, essa regra é, a meu ver, duplamente inconstitucional, como veremos adiante. Não o é, porém, para aqueles, como o relator Ricardo Fiuza - que “graças a Deus” está mudando de opinião - ao afirmar que o casamento é uma instituição fim e a união estável é uma instituição meio, ou seja, uma instituição de segunda classe, em sentido jurídico, dizendo, com todas as letras, no seu relatório que está discriminando sim e que pode discriminar porque o objetivo do legislador é proteger o casamento. Deste modo, afirma-se: “*A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável nas condições seguintes: .....*” restringindo-se, a meu ver, absurdamente o direito sucessório da companheira ou companheiro apenas à eventual existência de aqüestos no patrimônio do falecido. Se não existirem aqüestos, eles nada receberão, a não ser que, em termos de meação, haja contrato escrito em contrário, determinando que o regime de bens seja o da comunhão de bens. Entretanto essa regra, mesmo para os que entendem que pode haver discriminação, é inconstitucional. Vejam o seguinte: casei pelo regime da comunhão parcial e comprei na constância do casamento dois apartamentos, que não são fruto de substituição por outro bem que já tinha anteriormente. Neste caso, se houver descendentes, meu cônjuge não participará da minha herança. Agora se não me caso e fico só vivendo em união estável, minha companheira vai participar na minha herança em relação a es-

ses aqüestos, mesmo havendo descendentes, ou seja, se a Constituição Federal dispõe que a família tem especial proteção do Estado, art. 226, “*caput*”, incisos I, II, III, se a Constituição Federal diz que a União Estável é família, entendendo que não pode haver qualquer discriminação entre as pessoas casadas, comparando-as com os companheiros. Neste caso, estar-se-á se deferindo mais direitos sucessórios ao companheiro do que ao cônjuge sobrevivente, o que é evidentemente inconstitucional.

E mais. Se você entender como eu, como o Prof. Leoni, como a Des. Berenice Dias - isso foi dito no próprio Congresso Nacional onde ela esteve presente - que não pode haver discriminação entre cônjuge e companheiro a par da redação do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, que dispõe que a lei tem que facilitar a conversão da união estável em casamento, também se entenderá inconstitucional o mesmo artigo. O seu *caput* traz uma restrição que não alcança o cônjuge. Este participa de toda a herança; já o companheiro, só em relação aos aqüestos. E continua a discriminação no inciso I: “*Se concorrer com os filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente a que por lei for atribuída ao filho*”. Então a partilha se fará por cabeça em relação apenas à eventuais aqüestos. Inciso II: “*Se concorrer com um descendente só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles*”. Outra iniquidade. Se o cônjuge concorre com o descendente, ele recebe a mesma porção, sejam filhos comuns, ou seja, filiação híbrida. Aqui é diferente. A companheira ou o companheiro receberá a metade, menos direitos do que a pessoa casada. E mais, e se existirem filhos comuns e não comuns, qual será a regra a ser aplicada? Já existem autores, como meu amigo Mário Roberto Faria, professor da EMERJ (publicará um novo livro de Sucessões em breve), que me disse pessoalmente entender que neste caso, à falta de previsão legal, a partilha se faz com base no inciso III do artigo 1.790: “... III – *se concorrer com ou-*

*tros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança...*”. Não participo desta opinião. Entendo que no caso de filiação híbrida, teremos que aplicar o artigo 1.790, inciso I. Se concorrer com descendência híbrida, o companheiro sobrevivente terá direito à cota equivalente que por lei for atribuída aos filhos, à semelhança do cônjuge supérstite, em atenção à igualdade constitucional antes mencionada. E todos os descendentes receberão a mesma cota hereditária (art. 227, § 6º da C.F /88).

O inciso III, do artigo 1.790, é outra aberração jurídica, a meu ver: “*Se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança*”. Observem o seguinte: Vivo há trinta anos com uma companheira em união de fato com todos aqueles requisitos da união estável, presentes os elementos objetivos, durabilidade, *affectio maritalis*, fidelidade, vida em comum, publicidade, e a intenção de constituir família, que é o elemento subjetivo.

Venho a falecer sem ter feito testamento, sem descendentes, ascendentes, deixando somente um tio-avô. Tio-avô é colateral de quarto grau. O que diz a lei? Se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes, colaterais, e outros descendentes que não os filhos na hipótese do artigo 1790, I), terá direito a um terço da herança. Assim, o tio-avô receberá dois terços da herança e a companheira de trinta anos receberá um terço da herança! Isso, a meu ver, é a primeira heresia jurídica deste inciso, consagrando uma profunda injustiça. Com relação à segunda heresia jurídica, o Prof. Cahali entende, e eu não concordo, que é possível aqui o legislador discriminar a companheira ou companheiro contemplando-os, apenas, em relação aos aqüestos. Mas neste inciso III do artigo 1.790, o legislador dispõe que se o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis, ou seja, ascendentes e colaterais, de segundo, de terceiro e de quarto grau terá direito a um terço da herança. Não será possível se defender, embora talvez de técni-

ca duvidosa, que o inciso III está desvinculado do *caput*? Porque herança é todo um conjunto de bens, direitos e obrigações do falecido. Se a lei aqui se utiliza da expressão herança, para um juiz que procura a equidade e queira, no caso concreto, fazer justiça, ele pode até dizer que houve uma má técnica e contemplar o companheiro sobre todo o acervo hereditário e não só sobre eventuais aqüestos. Na verdade, entendo estar esse inciso apartado do *caput*, dele não dependente. Seria a melhor interpretação, embora de difícil aceitação na doutrina.

E no inciso IV, então, vejam o seguinte: o legislador diz que, em não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança. O que significa isso? Somente a herança em relação aos aqüestos? Ora, totalidade da herança é todo o conjunto de bens, direitos e obrigações transmissíveis do falecido. Então, por esse inciso IV, também afirmo que é possível raciocinarmos que a totalidade da herança não se limitaria apenas aos aqüestos. Sei que tal posicionamento é discutível, pois com a discriminação em relação ao companheiro ou companheira, na realidade o legislador pretendeu incentivar a transformação da união estável em casamento. No entanto, o próprio relator Ricardo Fiúza disso se arrependeu porque no projeto de lei nº 6.960 de 2002 foi modificada a redação do art. 1.790, *caput*: “O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte.” A expressão “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” restará afastada devido, a meu ver, aos problemas de inconstitucionalidade antes mencionados.

Esta será uma maneira de se resolver o assunto, mas até lá, até que a modificação seja aprovada, Vossas Excelências terão que decidir. Se entenderem que há efetivamente, *in casu*, dependência dos incisos ao *caput*, a restrição continuará. A meu ver, de qualquer modo, certamente será alegada a inconstitucionalidade não só do *caput* do artigo 1.790, mas também de seus incisos.

Menciono a existência de outra instigante questão e acho que fui o primeiro a levá-la em palestras proferidas no Hotel Glória e aqui na EMERJ, ano passado dentre as primeiras sobre o tema. Data vênua, meu amigo Prof. Cahali, o Prof. Gustavo Tepedino e eu estamos entendendo que o companheiro é herdeiro necessário. Isso pelo seguinte: em primeiro lugar, o legislador diz que ele participará da herança, de modo imperativo. Em segundo lugar, quem participa de uma herança, ou participa como herdeiro, ou participa como legatário. E aqui se ele recebe quinhão não individualizado, no momento da morte, é um herdeiro. Em segundo lugar, o que é um herdeiro necessário? É aquele que não pode ser afastado da sucessão por testamento válido do autor da herança. É aquele que só vai ser afastado da sucessão, pelo menos em relação à sua cota legítima, se renunciar a herança ou for excluído da sucessão por indignidade ou deserção. Ora, reparem os senhores, o companheiro sobrevivente, desde que haja aqüestos, pela letra fria da lei, ou, então de modo amplo, como eu defendo, sempre participará da sucessão. E inclusive se sobrepõe ao Poder Público, nos termos do art. 1.844, em que “não havendo cônjuge ou **companheiro**, nem parente algum sucessível ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao município, ao Distrito Federal”.

Porém, o mais importante está situado no art. 1.850: “Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”. Ora, regra restritiva de direito patrimonial se interpreta de modo estrito, não sendo possível utilizar-se aqui da aplicação analógica. Esquecendo o legislador ou não, o companheiro ou a companheira não figuram no artigo 1.850. Se não figuram neste artigo, o cônjuge sobrevivente não pode excluí-los da sucessão por testamento. Sendo assim, eles são herdeiros necessários mesmo que suas cotas estejam reduzidas, a meu ver inconstitucionalmente, pelo *caput* do artigo 1.790 e seus incisos.

Ouso defender essa posição até com outro argumento constitucional: se a família é composta pelo casamento e também pela união estável, não pode haver discriminação de direitos entre o cônjuge e o companheiro, *ex vi* os artigos 5º *caput*, 3º, III e 226 *caput* e inciso III, 1ª parte da Carta Magna. Então um “plus” à regra infraconstitucional seria defender que o companheiro ou a companheira é herdeiro necessário por força até da igualdade constitucional, apesar da redação da 2ª parte do artigo 226, § 3º, da Constituição, que dispõe que a lei infraconstitucional deve facilitar a conversão da união estável em casamento. E mais, a propósito desse assunto, o direito real de habitação, que é deferido expressamente no novo Código para o cônjuge sobrevivente, não o foi em relação ao companheiro também. E não há nenhuma justificativa plausível para isso. Muitos doutrinadores, inclusive os professores que se reuniram em setembro no STJ, entendem que, nesse aspecto, continua em vigor a Lei 9.278/96, que concede direito real de habitação no art. 7º, no parágrafo único, ao companheiro ou companheira. Porém a questão vai ser resolvida mais uma vez no Projeto Legislativo 6.960, em que o próprio relator do novo Código Civil insere um parágrafo no artigo 1.790 com a seguinte redação: “Ao *companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ao casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe cai-*

*ba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família desde que seja o único que daquela natureza a inventariar”.*

Sendo assim, temos três caminhos: o juiz pode afirmar que não há direito real de habitação para a companheira porque não há previsão legal para tanto. O segundo caminho é argüir a igualdade constitucional e conceder o direito. O terceiro caminho é entender que a Lei 9.278/96, nesse aspecto, por ser lei especial, continuaria em vigor a partir do novo Código Civil para resolver essa questão. E finalmente quanto ao usufruto legal sucessório do art. 1.611, § 1º, do código atual, não há mais previsão para o cônjuge sobrevivente, e também não há, como era na Lei 8.971/94, em favor do companheiro sobrevivente. Isso por um motivo muito simples – qual era o fundamento do direito de usufruto legal sucessório para o cônjuge sobrevivente e para o convivente na união estável? Ser um direito assistencial para proteger a pessoa que não recebia herança em propriedade, a antiga cota uxória do direito romano que contemplava o cônjuge sobrevivente sem recursos. Agora isso está terminado. Se não há mais usufruto legal para o cônjuge, mesmo que não se defenda, como eu, que o companheiro é herdeiro necessário, também não haverá mais necessidade dessa proteção ao companheiro, estampada, embora de modo imperfeito, no art. 1.790 e seus incisos. Muito obrigado. ☰