

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Setor de Pós-Graduação

Lígia Carolina Costa Moreira

Sucessão do cônjuge e companheiro: Uma abordagem comparativa

Mestrado em Direito Civil Comparado

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Setor de Pós-Graduação

Lígia Carolina Costa Moreira

Sucessão do cônjuge e companheiro: Uma abordagem comparativa

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Civil Comparado, sob orientação da Professora Maria Helena Diniz.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

“Somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que somos.”

Eduardo Galeano

AGRADECIMENTOS

Foram dois anos e meio de muito aprendizado, muitas leituras, novas amizades e muita coragem para que eu pudesse realizar este trabalho.

Agradeço à minha orientadora Maria Helena Diniz, por todos os aprendizados que me foram passados desde a graduação.

À minha família, meu alicerce, sem eles não teria conseguido finalizar este trabalho.

Aos meus amigos e professores, Najla Pinterich Sahyoun, Viviane Limongi, Deborah Lambach, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Irineu Barreto e a todos aqueles que me apoiaram nesta nova empreitada, o meu muito obrigado.

RESUMO

Com o advento do Código Civil de 2002, o direito sucessório sofreu enormes modificações, especialmente no que diz respeito à posição do cônjuge sobrevivente dentre os sucessores do *de cujus*. A presente dissertação tem por finalidade analisar os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, a nova ordem de vocação hereditária, a sua concorrência com os descendentes e ascendentes, bem como a quota hereditária que receberá em cada uma das situações.

Diante da falta de técnica legislativa e da insegurança jurídica instaurado a partir do previsto no artigo 1.829 do Código Civil, não restou aos estudiosos do direito outra saída, a não ser a árdua tarefa de interpretar a norma, da maneira mais correta, impedindo assim as infindáveis controvérsias.

Em um segundo momento, verifica-se que a Constituição Federal de 1.988, atendendo ao anseio social, aclamou a existência da união estável, como entidade familiar protegida pelo Estado.

Analisa-se também o direito sucessório do companheiro em concorrência com os descendentes e ascendentes do falecido, bem como a sua possível concorrência com o cônjuge supérstite.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão, cônjuge, companheiro, igualdade, concorrência, lacuna legislativa.

ABSTRACT

With the advent of the Civil Code of 2002, the inheritance law underwent enormous modifications, especially with regard to the position of the surviving spouse among the successors of the *de cuius*. The purpose of this dissertation is to analyze the succession rights of the surviving spouse, the new order of hereditary vocation, their competition with the descendants and ascendants, as well as the hereditary quota that will be received in each of the situations.

Faced with the lack of legislative technique and legal uncertainty introduced as provided for in Article 1.829 of the Civil Code, law students have no other choice than the difficult task of interpreting the rule, in the most correct way, thus preventing Endless controversies.

In a second moment, it is verified that the Federal Constitution of 1988, in view of the social yearning, acclaimed the existence of the stable union, as a family entity protected by the State.

It also analyzes the inheritance rights of the partner in competition with the descendants and ascendants of the deceased, as well as their possible competition with the surviving spouse.

Key words: succession, spouse, life partner, equality, concurrence, legislative gap.

SUMÁRIO

Capítulo 1 – Sucessão hereditária no ordenamento jurídico brasileiro	09
1.1 O Projeto Beviláqua	10
1.2 Lei Feliciano Pena	11
1.3 Código Civil de 1916.....	11
1.4 Lei de Proteção à Família	12
1.5 Lei nº 4.121/1962 – O Estatuto da Mulher Casada	13
1.6 Lei nº 6.515/1977 – Lei do Divórcio	14
1.7 Constituição Federal de 1988	16
1.8 Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996	18
1.9 Código Civil de 2002.....	21
Capítulo 2 – Direitos sucessórios do cônjuge	25
2.1 Considerações iniciais	25
2.2 Sucessão e Meação	25
2.3 Sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002	34
2.3.1 A nova ordem de vocação hereditária	40
2.3.2 Dos herdeiros necessários.....	42
2.3.3 Cônjuge como herdeiro necessário.....	44
2.3.4 Legitimidade do cônjuge para suceder	49
2.4.5 Requisitos gerais.....	49
2.3.6 Da concorrência com os descendentes	55
2.3.5.1 Da concorrência com os descendentes comuns.....	62
2.3.5.2 Da concorrência com descendentes híbridos	63
2.3.5.3 Da concorrência do cônjuge com os ascendentes.....	68

2.3.5.4 A totalidade da herança ao cônjuge sobrevivente	70
2.3.5.5 Cônjuge casado sob regime da comunhão parcial de bens.....	72
2.3.5.6 Cônjuge casado sob regime da separação convencional de bens	78
2.3.5.7 Cônjuge casado sob regime da participação final dos aquestos	83
2.3.5.8 Do Direito Real de Habitação.....	85
2.4 Exclusão do cônjuge supérstite da herança	87
2.4.1 Da renúncia à herança	88
2.4.2 Da indignidade do cônjuge	90
2.4.3 Da deserção do cônjuge	92
2.5 Premoriência e comoriência	94
Capítulo 3 - Direitos sucessórios do companheiro	95
3.1 Evolução da união estável no direito brasileiro.....	95
3.2 A proteção sucessória do companheiro nas leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996	99
3.3 Sucessão do companheiro no Código Civil de 2002	104
3.3.1 Concorrência com descendentes.....	104
3.3.2 Concorrência com ascendente	107
3.3.3 Concorrência com os colaterais.....	108
3.3.4 Ausência de parentes sucessíveis	112
3.3.5 Direito real de habitação.....	114
3.4 O artigo 1.790 do Código Civil e a sua (In) constitucionalidade	115
3.5 Da possível concorrência do companheiro com o cônjuge sobrevivente.....	125
Considerações Finais	130
REFERÊNCIAS	132

1. Sucessão hereditária no ordenamento jurídico brasileiro

A partir da proclamação da independência, no início do século XIX, o direito português, acrescido do direito especial da colônia, foi sendo paulatinamente substituído, só tendo sido definitivamente revogado pelo Código Civil de 1916. Em decorrência de tal atraso, as Ordenações Filipinas tiveram no Brasil maior vigência que em seu próprio país, posto que lá foram revogadas pelo Código Civil de 1867, permanecendo em vigor no Brasil até 1916.¹

Apesar da Constituição Federal de 1824, em seu artigo 179, XVIII, prever: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”, somente quando passados mais de trinta anos, precisamente em 15 de fevereiro de 1855, contratou-se o jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas para consolidar toda a legislação civil pátria.

Ao apresentar a Consolidação, Teixeira de Freitas expôs na Introdução ao texto – que consta de mais de duzentas páginas – as questões teóricas enfrentadas quanto ao método, seleção e classificação. A Introdução é, segundo opinião unânime de todos aqueles que a estudaram,

[...] uma das páginas mais notáveis de Direito escritas na América Latina, capaz, por ela só, de fazer a fama de seu autor, como jurisconsulto, não somente pelo conhecimento da lei, mas como possuindo uma ideia construtiva das necessidades jurídicas da sociedade, em sua contínua evolução².

A Consolidação propriamente dita continha 1.333 artigos seguidos por notas explicativas, sendo dividida, pela primeira vez no Brasil, em Parte Geral e Parte

¹ CARVALHO NETO, Inácio de. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p.63.

² OCTAVIO, Rodrigo. *A codificação do direito civil no Brasil: Teixeira de Freitas e a unidade do Direito Privado*. Arquivo Judiciário. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, jan-mar.1933, v.25, p.67.

Especial. Na primeira, com dois títulos, tratou das pessoas e das coisas. Já a Parte Especial foi dividida em dois Livros (Dos direitos pessoais e Dos direitos reais), tratando o primeiro das relações de família (matrimônio, paternidade, maternidade, filiação, parentesco, tutela e curatela) e das relações civis (contratos, dano, esbulho e extinção dos direitos pessoais), e o segundo do domínio, das servidões, da herança, da hipoteca e da prescrição aquisitiva.

O título referente à sucessão estava dividido em oito capítulos: sucessão *ab intestato* (arts.959 a 992), sucessão testamentária (arts.993 a 1.033), substituições (arts.1.034 a 1.052), forma dos testamentos (arts.1.053 a 1.085), execução dos testamentos (arts. 1.086 a 1.140), partilhas (arts. 1.141 a 1.195), colações (arts. 1.196 a 1.230) e heranças jacentes (arts. 1.231 a 1.267).

A Consolidação não falou expressamente em herdeiros necessários, mas, implicitamente, em seu artigo 982, ao falar em deserdação, reconheceu como herdeiros necessários (deserdáveis) apenas os descendentes e os ascendentes.

1.1 O Projeto Beviláqua

No ano de 1899, o jurista cearense Clóvis Beviláqua foi contratado pelo ministro da justiça, Campos Salles, para a elaboração do Código Civil. O projeto teve por base a legislação alemã, a francesa, o esboço de Teixeira de Freitas e o Projeto de Coelho Rodrigues.

O Projeto do Código Civil por Clóvis Beviláqua em 1899 era precedido de uma Introdução (posteriormente aprovada como Lei de Introdução ao Código Civil) e dividida em Parte Geral (subdividida em três Livros: Pessoas, Bens e Nascimento e extinção dos direitos) e Parte Especial (dividida em quatro Livros: Direito da Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões).

Os direitos sucessórios foram tratados no Capítulo II do Título II do Livro IV, que dissertou sobre a ordem de vocação hereditária e indicou como herdeiros necessários, na forma do artigo 1.884, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, sendo a legítima sempre fixada em dois terços.

No primeiro dispositivo desse capítulo, arrolou os descendentes em primeiro lugar na ordem, dando, entretanto, ao cônjuge não divorciado direito a uma porção de bens igual a de um filho, sempre que o regime matrimonial não lhe der direito à meação de todos os bens ou somente dos adquiridos.

Não havendo herdeiros da classe dos descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes e o cônjuge supérstite não divorciado, quando o regime matrimonial não lhe der direito à meação de todos os bens ou apenas dos adquiridos, sendo a sua porção igual a de cada um dos ascendentes com quem concorrer. Havendo desigualdade nas quotas dos ascendentes, tomará o cônjuge o lugar de um deles na linha em que for menor o seu número. Na falta de descendentes e de ascendentes, seria devolvida, por inteiro, ao cônjuge supérstite não divorciado.

1.2 Lei Feliciano Pena

No ano de 1907, editou-se o Decreto nº 1.839 que alterou a posição do cônjuge, colocando esse em terceiro lugar, preferindo-o aos colaterais.

Além dessa alteração, o referido decreto limitou o parentesco colateral sucessível ao sexto grau, elevou a quota disponível do testador de um terço para metade e facultou aos ascendentes submeterem os bens da legítima às cláusulas de incomunicabilidade, de livre administração da mulher herdeira e de inalienabilidade temporária ou vitalícia.

1.3 Código Civil de 1916

Após diversas discussões e numerosas emendas, o Projeto elaborado por Clóvis Beviláqua em 1899 foi aprovado, sancionado e publicado em 1º de janeiro de 1916 – 27 anos após sua elaboração.

Quanto ao Código Civil de 1916, esse fora dividido em Parte Geral e Parte Especial. Esta última subdividida em quatro Livros (Família, Coisas, Obrigações e Sucessões). O

Livro IV, que tratou das sucessões, abrangia os Títulos Sucessão em geral, Sucessão legítima, Sucessão testamentária e Inventário e partilha.

No que diz respeito à ordem de vocação hereditária, o Código Civil de 1916 reproduziu a Lei Feliciano Pena, em seu artigo 1.603, dizendo:

Art.1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- aos descendentes;

II- aos ascendentes;

III- ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais;

V- aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União [...].

No Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente ocupava, de direito, o cargo de cabeça do casal, desde que casado sob regime da comunhão de bens nos termos do artigo 1.759 daquele diploma. Mas, sendo a mulher a cônjuge sobrevivente, fazia-se necessário que essa estivesse convivendo com o outro no tempo de sua morte e que não estivessem separados de fato, pois nessa hipótese a mulher não teria direito aos bens deixados. A posição adotada pelo Código Civil de 1916 foi a mesma da do século XIX, ou seja, uma postura conservadora e patriarcal, mantendo a posição da mulher limitada à vida doméstica, pois a mulher casada possuía incapacidade jurídica relativa, equiparada a dos índios, pródigos e menores de idade.

Durante a primeira metade do século XX, entretanto, o desenvolvimento do chamado Estado Social de Direito alterou essa situação, tendo sido aprovadas diversas leis com objetivo de proteger e tutelar os direitos da mulher.

1.4 Lei de Proteção à Família

Com a edição do Decreto-Lei nº 3.200, o legislador procurou beneficiar a mulher brasileira casada com estrangeiro residente no Brasil – nos casos em que o regime de bens fosse diverso da comunhão universal, deferindo o usufruto em favor da mulher

sobre a quarta parte dos bens se houvesse filhos brasileiros do casal, e de metade se não houvesse.

1.5 Lei nº 4.121/1962 – O Estatuto da Mulher Casada

O primeiro grande marco a romper a hegemonia masculina ocorreu em 27 de agosto de 1962, com a aprovação da Lei nº 4.121 de autoria do Deputado Nelson Carneiro, dispondo sobre a situação jurídica da mulher casada.

O Estatuto da Mulher Casada devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal e detentora do direito de guarda de seus filhos. Contudo, mesmo lhe tendo sido deixada a guarda dos filhos menores, a posição da mulher ainda era subalterna, situação essa que perdurou por um longo período.

Com essa mesma lei, foi dispensada a necessidade da autorização marital para a mulher casada poder trabalhar e instituído o que se chamou de bens reservados, que condiziam ao patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não responderiam pelas dívidas do marido, ainda que tais fossem, presumivelmente, contraídas em benefício da família.

Visando a proteção ao cônjuge após a morte de seu consorte, o Estatuto da Mulher Casada instituiu o usufruto vidual e o direito real de habitação, inserindo-os respectivamente nos §§ 1º e 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916.

O usufruto vidual era o direito que se dava ao cônjuge viúvo, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido se houvesse filhos, ou da metade, se não houvesse, desde que o regime de bens não fosse o da comunhão universal.

Com propósito de amparar o cônjuge sobrevivente contra a eventualidade de ser privado de moradia, o Estatuto da Mulher Casada assegurou-lhe, quando casado sob o regime da comunhão universal de bens, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que esse fosse o único daquela natureza a inventariar.

O direito real de habitação vem assegurar ao cônjuge sobrevivente a posse direta do bem enquanto utilizado com o fim específico de moradia, enquanto que a nua propriedade permanecerá na posse dos herdeiros. Por se tratar de direito gratuito, tal premissa não admite qualquer contraprestação, não podendo por isso haver cobrança de aluguel pelos herdeiros contra o cônjuge supérstite.

Por fim, o Estatuto da Mulher Casada também regulou matéria relativa à inventariança, assegurando esse direito à viúva, exceto quando essa fosse culpada pela separação de fato.

1.6 Lei nº 6.515/1977-Lei do Divórcio

A emenda nº 9 de 26 de junho de 1977 introduziu em nosso direito positivo a possibilidade do divórcio, vindo a satisfazer o anseio de muitos e contrariar a outros tantos.

Considerando a oposição acirrada, foi necessária a diminuição do quórum constitucionalmente previsto para aprovação de emendas constitucionais a fim de que tal projeto fosse aprovado. Essa ação foi dirigida pela Presidência da República por meio da Emenda nº 8/1977, com base no Ato Institucional nº 5/1968³. Todavia, Yussef Cahali assume que já se havia apresentado antes a mesma proposta:

a EC nº 5, de 12.03.1975, estabelecendo nova redação ao art. 175, § 1º., da Constituição de 1969, de modo a permitir a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 08 de maio de 1975,

³ “O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, (...) PROMULGA a seguinte Emenda ao texto constitucional: Artigo único. A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações nos artigos adiante indicados, (...) Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de noventa dias a contar de seu recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as sessões, maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional.”

a emenda obteve a maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o *quorum* exigido de dois terços⁴.

Em 1974, o Projeto do Senador pelo Rio de Janeiro, Nelson Carneiro, possuía os mesmos objetivos, mas fora rejeitado por não obter o voto de dois terços do Congresso Nacional, embora a maioria tenha votado a seu favor.

No entanto, acabou por vencer a corrente favorável ao divórcio. A Emenda responsável pela mudança ainda alterou novamente a nomenclatura para a dissolução da sociedade conjugal: o “desquite” consagrado no Código Civil passou a se chamar “separação judicial”.

Obtida a aprovação do divórcio, quedando barreira constitucional, seguiu-se imediatamente a edição de lei ordinária para regulamentá-la. Muitos foram os projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional naquele segundo semestre de 1977. O projeto final aprovado, que culminou com a Lei nº 6.515/1977, foi de autoria dos Senadores Nelson Carneiro e Pedro Accioly Filho.

Essa lei, apesar de sua natureza material e formal, não se limitou a tratar do divórcio e da separação judicial, visto que foi além promovendo uma minirreforma do Direito de Família. Assim que, no art. 50, alterou, entre outros, o art. 240 do Código Civil de 1916, tornando facultativa a adoção do nome do marido pela mulher ao casar, e o art. 258, modificando o regime legal de bens para o de comunhão parcial quando outro não for fixado em pacto antenupcial. Ainda alterou no art. 51 a Lei nº 883/1949 que permite o reconhecimento em testamento cerrado, ainda na sua vigência, de filho concebido fora do matrimônio, admitindo como legítimo seu direito à herança em igualdade de condições.

⁴ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.41.

1.7 Constituição Federal de 1988

A maior reforma realizada no direito de família veio por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Três eixos nortearam uma grande reviravolta nos aspectos jurídicos do direito de família. Ainda que o princípio da igualdade já viesse consagrado desde a Constituição Federal de 1937, além da igualdade de todos perante a lei (art. 5^a), pela primeira vez foi enfatizada a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (inciso I do art. 5^o). Afirma-se, de forma consideravelmente repetitiva, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (parágrafo 5^o do art. 226). Mas a Constituição foi além: já no preâmbulo, assegura o direito à igualdade e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (inciso IV do art. 2^o).

Tal isonomia também foi imposta entre os filhos, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação: independentemente de serem frutos, ou não, da relação do casamento de uma adoção, todos têm os mesmos direitos e qualificações (parágrafo 6^o do art. 227).

O próprio conceito de família recebeu da Constituição tratamento igualitário. Foi reconhecida como entidade familiar não só a família constituída pelo casamento, como também albergado o conceito de união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226). A respeito da nova ordem constitucional, Gustavo Tepedino afirma que:

A Constituição Federal, centro unificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da sua perda de centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores. O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração do papel atribuído às entidades familiares e, sobretudo, na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve à base do sistema. Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas

unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade de seus filhos⁵.

A Constituição Federal 1988 deixa de observar a família apenas como um vínculo formal, passando a contemplar o aspecto funcional de cada um dos entes a que ela pertencente. Tal concepção derivou da proteção Constitucional à dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, do Texto Magno, que orienta todas as alterações das relações pessoais bem como as garantias legais aos companheiros. É o Estado protegendo o que antes não detinha amparo legal.

Com o advento da Constituição Federal em 1988, a análise do direito sucessório, perante tanto ao cônjuge quanto ao companheiro, passou a orientar-se pelos princípios de liberdade, igualdade, e principalmente de dignidade da pessoa humana.

O texto constitucional agregou à família o caráter de patrimonialidade, o que gerou reflexos no que se refere ao direito sucessório. Com efeito, o constituinte concedeu maior efetividade às relações de direito de família, além de valorizar equitativamente as diversas modalidades de entidade familiar. Por sua vez, a promulgação da Constituição Federal iniciou um fenômeno chamado de “constitucionalização do Direito Civil”.

A partir dos pontos levantados, verifica-se que os princípios constitucionais colaboraram largamente para a evolução do direito sucessório, tanto para o cônjuge quanto para o companheiro, pois, ao constitucionalizar o Direito Civil, afastou-se a concepção individualista, tradicional e conservadora do Código Civil de 1916.

Resta claro diante das referidas cláusulas, cláusulas de largo sentido social e de direito justo, que abandonando a antiga ideia de núcleo de produção e de reprodução, a família assumiu um novo perfil, democrático e plural, talhado nos contornos constitucionais, passando a ser compreendida como espaço de afeto e amor, não mais fundada exclusivamente na instituição casamento.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. p.01. Disponível em: <http://www.femperj.org.br>. Acessado em: 07 de setembro de 2016.

Entretanto, mesmo após a implantação da nova ordem constitucional estabelecendo a plena igualdade entre homens e mulheres, filhos e entidades familiares, injustificadamente o legislador não providenciou as adequações necessárias aos dispositivos da legislação infraconstitucional perante o novo sistema jurídico. Assim, mesmo havendo a modificação das normas constitucionais, algumas leis infraconstitucionais continuaram no ordenamento jurídico como letra morta, sem qualquer eficácia.

1.8 Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996

Como é sabido, o Código Civil de 1916 só contemplava uma única forma de constituição de família, qual seja, o matrimônio civil. O concubinato, apesar de não ser proibido, encontrava pequena expressão no diploma do Código Civil de 1916. A exemplo disso, vemos o único efeito positivo mencionado a esse respeito no artigo 363, inciso I, quando se trata a respeito da possibilidade do reconhecimento da filiação ser demandada se, ao tempo da concepção, a mãe estava concubinada com o pretendido pai. Nos outros artigos, o legislador atribuiu ao concubinato somente efeitos negativos em virtude da caracterização do adultério de um dos partícipes da relação concubinária.

Como as relações oriundas do concubinato não eram consideradas como familiares perante o Código Civil de 1916, conseqüentemente, seus partícipes estavam excluídos de todos os efeitos que eram atribuídos à família no ordenamento jurídico brasileiro, entre eles, da sucessão hereditária legítima. Assim, ao longo de toda a evolução jurídica, conclui-se que os direitos sucessórios do companheiro tardaram a ser reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

A convivência de duas pessoas sem a realização do casamento, sempre foi uma constante em nossa sociedade, sendo que a inexistência de reconhecimento dessas relações pelo sistema jurídico brasileiro trouxe um imenso descompasso entre a realidade brasileira e as previsões contidas no Código Civil – principalmente no que se refere ao direito de família. Contudo, em decorrência da ausência de uma justificativa plausível para o desfavor legislativo em relação às uniões formadas por parceiros sem

impedimento legal para o casamento⁶, pouco a pouco alguns efeitos foram sendo concedidos ao concubinato.

Destarte, os Tribunais se viram obrigados a buscar soluções para os conflitos de interesses decorrentes de tais relações, e, como o concubinato não era reconhecido como família no ordenamento jurídico brasileiro, as referidas soluções foram buscadas prioritariamente no Direito das Obrigações, invocando-se a indenização por serviços prestados, pleiteada pela concubina pelo fim da união, com base na vedação do enriquecimento sem causa

A existência da sociedade de fato entre os concubinos permite a partilha do patrimônio por ambos adquirido em esforço comum (Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”), uma vez que se passou a reconhecer a possibilidade de existir contrato tácito de sociedade entre os partícipes da relação concubinária.

Em determinadas questões, como, por exemplo, a sub-rogação dos contratos de locação, a solução era tomada com base no Direito de Família. Com efeito, a legislação anterior à Lei nº 8.245/1991 omitiu o companheiro como uma das pessoas legitimadas a continuar o contrato de locação em virtude da morte do locatário, contemplando somente o cônjuge nessa prerrogativa. Essa omissão foi corrigida pela jurisprudência, que passou a estender a regra, por analogia, ao companheiro.

A Lei nº 6.015/1973 conferiu à companheira o direito de adotar o patronímico de seu companheiro, se da vida em comum houverem decorrido no mínimo cinco anos ou existirem filhos, desde que haja impedimento legal para o casamento decorrente do estado civil de uma das partes e o consentimento expresso do companheiro, artigo 57 §§ 2º e 3º da lei supracitada.

Apesar da atribuição de alguns efeitos do Direito de Família ao concubinato, a identificação jurídica da relação concubinária como família se deu apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, §3º, reconheceu

⁶ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.396.

como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. Nesse contexto, as regras do Direito das Obrigações deixam de ser aplicadas, uma vez que se altera a *ratio* do instituto jurídico, determinando que a ele sejam aplicadas as regras pertinentes ao Direito de Família.

Entre tais regras, sem dúvida, estão aquelas relativas à sucessão hereditária. Entretanto, não havia lei expressa que concedesse aos companheiros direitos sucessórios como esperado em razão da já assimilada união estável enquanto entidade familiar proposta pela Constituição Federal de 1988. Tal contradição não se apresentava somente no campo sucessório, mas também na questão dos alimentos – prevendo a obrigação alimentar entre companheiros –, pela mesma razão da ausência de dispositivo textual.

Diversas foram as controvérsias que surgiram quanto à autoaplicabilidade do dispositivo constitucional, e, na tendência daqueles que admitiam a imediata aplicação do artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988, direitos sucessórios foram atribuídos à união estável com base em uma analogia com os direitos sucessórios conferidos aos cônjuges. Posteriormente, foram editadas as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 que passaram a atribuir textualmente direitos sucessórios aos companheiros.

A Lei nº 8.971/1994, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, previa, em seu artigo 2º, incisos I e II, o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido se dele ou do casal houvessem filhos, e da metade se não houvessem, embora sobreviessem os ascendentes. Em seu artigo 2º, inciso III, a referida lei conferiu ao companheiro o direito à totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes *de cujus*.

A Lei nº 9.278/1996, que regulava o §3º do artigo 226 da Constituição Federal, atribuiu ao companheiro supérstite, em seu artigo 7º, parágrafo único, o direito real de habitação relativamente ao imóvel que era destinado à residência da família, enquanto esse viver ou até constituir nova união ou casamento.

O Código Civil de 2002 regula a sucessão do companheiro em seu artigo 1.790, no Título I, referente à Sucessão Geral. De acordo com o artigo, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, concorrendo com filhos comuns, hipótese que terá direito a uma quota equivalente a que por lei for atribuída ao filho; concorrendo com descendentes só do autor da herança, quando lhe tocará a metade do que couber a cada

um daqueles; e concorrendo com outros parentes sucessíveis, ocasião em que terá direito a um terço da herança. Não havendo parentes sucessíveis, o Código Civil prevê que o companheiro terá direito à totalidade da herança.

Importante destacar que com o julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, o Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, reconheceu como entidade familiar a união estável homoafetiva. A partir de tal julgamento, passou-se a defender inclusive a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido editada, em 14 de maio de 2013, a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça que vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

1.9 Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 inovou profundamente a matéria relativa à sucessão do cônjuge e do companheiro. Foi essa, certamente, a maior alteração feita pelo Código Civil quanto ao direito sucessório.

A primeira alteração importante em relação à sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002 foi a colocação deste enquanto herdeiro também nas duas primeiras classes preferenciais, concorrendo, portanto, com os descendentes e os ascendentes, nos termos do artigo 1.829 do Código Civil.

A interpretação do dispositivo legal do *caput* do artigo 1.829, inciso I, é a seguinte: herdarão em concorrência com o cônjuge sobrevivente, a totalidade da herança do *de cujus*, exceto nas seguintes hipóteses: (i) se o falecido era casado sob o regime da comunhão universal de bens; (ii) se casado o *de cujus* sob o regime da separação obrigatória de bens; (iii) se casado sob regime da comunhão parcial e o autor da herança não houver deixado bens particulares.⁷

⁷ TATSCH, Fernanda Lemos. *A evolução jurídica da proteção do cônjuge e do companheiro na sucessão: uma análise legislativa do código de 1916 ao novo código civil*. Trabalho de Conclusão de

Ou seja, aqueles que forem casados pelo regime da separação obrigatória de bens, no regime da comunhão universal ou no regime da comunhão parcial de bens, na hipótese de o *de cujus* não ter deixado bens particulares, não há participação do cônjuge sobrevivente na concorrência com a primeira classe da ordem de vocação hereditária.

Importante destacar que, a princípio, o cônjuge supérstite será herdeiro e concorrerá com seus descendentes e ascendentes. Contudo, se faz necessário verificar também os requisitos exigidos no artigo 1.830 do Código Civil, que diz: (i) o cônjuge não pode estar separado judicialmente, nem divorciado. A separação põe termo à sociedade conjugal e o divórcio ao vínculo; (ii) o cônjuge não pode estar separado de fato há mais de 2 anos. A separação de fato por mais de 2 anos possibilita o divórcio e, então como regra, o cônjuge sobrevivente não será herdeiro. A lei prevê, entretanto, uma exceção: se estiver separado de fato há mais de 2 anos, o cônjuge poderá ser herdeiro se provar que a convivência se tornou impossível sem sua culpa.

Evidente que tal artigo merece censura, em razão dos inúmeros conflitos que a matéria probatória poder gerar, uma vez que o falecido, obviamente, não poderá defender-se.

Outra inovação encontra-se no artigo 1.832 do Código Civil, que preceitua: “Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso 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”.

O cônjuge herdará uma quarta parte, sendo as três restantes divididas por cabeça entre os descendentes. Isto só ocorrerá se o cônjuge for ascendente de todos os herdeiros com quem concorre. Havendo herdeiros não descendentes seus (ainda que em concorrência com outros descendentes), sua cota será sempre igual a deles.⁸

Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul.

⁸ TATSCH, Fernanda Lemos. *A evolução jurídica da proteção do cônjuge e do companheiro na sucessão*: uma análise legislativa do código de 1916 ao novo código civil. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul.

Contudo, algumas críticas merecem ser feitas ao referido diploma, como o tratamento distinto da questão sucessória entre cônjuge e companheiro. Segundo Gustavo Tepedino, o Código Civil de 2002 é retrógrado e demagógico. Retrógrado porque:

[...] nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais” e demagógico porque “engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto de outubro de 1988.⁹

Para que o projeto constitucional seja concretizado no sentido da tutela integral da pessoa humana, é preciso que o Direito Civil seja lido à luz da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, para o civilista, apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação, que se propõe à atuação de objetivos qualificados:

[...] individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa, redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc.), em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação.¹⁰

Ademais, também é criticável o fato de o legislador ter regulado a sucessão do companheiro no capítulo das disposições gerais da sucessão em geral (Capítulo I do Título I do Livro V da Parte Especial), enquanto que a sucessão do cônjuge é corretamente tratada no capítulo da ordem de vocação hereditária, que se coloca no

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Revista dos Trimestral de Direito Civil*. 2001. v.7, p.IV.

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.12.

âmbito da sucessão legítima (Capítulo I do Título II). Isto só se explica pelo fato de que o Projeto original não se referia ao companheiro, tendo sido o tema acrescentado, sem muito cuidado, em revisão no Congresso, por meio de Emenda apresentada em 1984¹¹ pelo senador Nelson Carneiro.

¹¹ Observe-se que, para a época, tratava-se de um significativo avanço para os então chamados de concubinos, tendo em vista que não se tinha ainda o trato constitucional da união estável como entidade familiar e, sobretudo, não se tinha ainda consagrado qualquer direito sucessório entre companheiros não casados.

2 Direitos sucessórios do cônjuge

2.1 Considerações iniciais

O Código Civil de 2002 extinguiu a sucessão do cônjuge em usufruto, uma vez que essa última estabelecia uma proteção insuficiente e estática ao cônjuge sobrevivente. Este muitas vezes é o mais desamparado em virtude da morte do consorte, sendo o cônjuge supérstite o único componente fixo e essencial do núcleo familiar, pois os filhos se desprendem da família primitiva, formando suas próprias entidades familiares.

Com o advento do novo Código Civil, elevou-se o cônjuge à condição de sucessor em grau de concorrência com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, isso faz com que o cônjuge concorra na sucessão do morto, sobrepondo o princípio da afetividade ao da consanguinidade, independente do cônjuge ter contribuído ou não para a aquisição dos bens a serem sucedidos.

Pela nova ordem da legislação civil (artigo 1.829), verifica-se que o legislador privilegiou não só a relação de parentesco, mas também a afeição e o elo conjugal, sem, contudo, desguarnecer os descendentes do autor da herança.

Importante destacar que a intenção do legislador foi tão somente elevar o cônjuge à primeira classe, na qual já figuravam os descendentes e ascendentes (que continuam com o mesmo destaque dado no Código Civil de 1916). Na verdade, o legislador apenas seguiu os modelos legislativos de outros países, que veem como fundamento do direito sucessório não apenas o direito de propriedade como também o direito de família com intuito de protegê-la.

2.2 Sucessão e Meação

Antes de adentrar ao tema, faz-se necessário analisar alguns conceitos basilares importantes a fim de pautar as discussões apresentadas neste trabalho.

A palavra “sucessão” origina-se do latim, *de succedere*, que significa transmissão. Assim, o termo “sucessão” consiste em “transmitir”. Em sentido amplo, a palavra “sucessão” significa ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título – no todo ou em parte –, nos direitos que lhe competiam¹².

Já a acepção jurídica do vocábulo “sucessão” apresenta dois sentidos: o lato, o qual se aplica a todos os modos derivados de aquisição de domínio; e o estrito, utilizado para designar a transferência dos direitos hereditários, em razão da morte de alguém, a um ou mais herdeiros. Nos dizeres de Silvio Rodrigues, sucessão indica “a transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular. Assim, em tese, a sucessão pode operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*”.¹³

A sucessão pode se dar por ato *inter vivos* ou em decorrência de morte, *causa mortis*, ocorrendo a primeira hipótese por meio da celebração de determinados contratos, como o de compra, venda e cessão de direitos, ou em situações em que uma pessoa adquire os direitos sobre determinada coisa, em detrimento do cedente ou do vendedor.

O evento morte é o fato gerador da sucessão que impulsiona a incidência da norma, acarretando a transmissão de todo o patrimônio do falecido aos sucessores. Nesse contexto, por patrimônio deve-se considerar todo o conjunto de direitos e obrigações relacionados ao morto que passa aos seus herdeiros automaticamente com a abertura da sucessão, em uma verdadeira relação de continuidade.

Diogo Leite de Campos descreve os parâmetros empregados para identificar o fundamento da sucessão, *in verbis*:

O fundamento da sucessão pode entender-se em dois sentidos: qual o fundamento do fenômeno sucessório – a que interesses responde a

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: Direito das sucessões*. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.6, p.1.

¹³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.6. p.3.

existência de uma sucessão mortis causa: quais os motivos que levaram a estabelecer a devolução sucessória em certos termos-nomeadamente a estabelece-los nos quadros da família, transmitindo-se os bens a certos familiares mais próximos.¹⁴

Em uníssono, a doutrina proclama que, nos dias de hoje, a *proteção* que é atribuída à sucessão é um corolário do direito de propriedade. Uma das principais características da propriedade é o seu caráter perpétuo, por não apresentar um termo final, um prazo de duração. Assim, permitindo-se que o domínio seja transmitido de geração a geração, assegura-se a sua perpetuidade.

Sabendo-se que o patrimônio será transmitido aos entes queridos por ocasião de sua morte, é bem provável que, com essa garantia, o indivíduo tenha o incentivo necessário para continuar a produzir riquezas, a adquirir e a preservar a propriedade, fato que beneficiará a sua família por certo, mas indiretamente também a toda a sociedade.

Isso só vem ressaltar a íntima ligação que há entre o direito de família e o direito das sucessões, posto que a proteção de herança tem como norte a tutela específica da propriedade, e, ainda, da própria família, na medida em que, na sucessão legítima, os familiares são chamados a suceder o *de cujus* como forma de preservar o patrimônio amealhado por ele no âmbito da família.

Tal assertiva encontra guarida no direito vigente na forma da ordem de vocação hereditária, que se baseia na sucessão legítima bem como na proteção especial conferida a certos herdeiros, quais sejam os herdeiros necessários que, obrigatoriamente, receberão ao menos metade da herança. Essa sucessão dos familiares se justifica plenamente, pois, como ensina Diogo Leite de Campos, ainda hoje a propriedade continua a ser largamente familiar, pois é usufruída e, na maioria das vezes, constituída pelo conjunto dos familiares mais próximos, que têm, em razão disso mesmo, a expectativa de receber esse patrimônio com a morte do titular¹⁵.

¹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.445.

¹⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.446.

Não por acaso, a Constituição Federal de 1988 consagrou a herança como direito fundamental em seu artigo 5º, inciso XXX, do Título II, concernente aos direitos e garantias fundamentais.

O principal objetivo dessa garantia é impedir que a sucessão *causa mortis* seja suprimida do ordenamento jurídico, com a consequente apropriação pelo Estado dos bens do indivíduo após a sua morte. Tais bens deverão ser transmitidos aos sucessores do finado conforme as prescrições da lei civil, só passando para o ente público na ausência dos sucessores legais ou testamentários, hipótese em que a herança será vacante.

O reconhecimento da sucessão *causa mortis* constituiu um corolário do direito à propriedade privada (CF/88, art. 5º, *caput*, XXII e XXXIII). Sem dúvida, seria incongruente a apropriação, pelo Estado, de bens de uma pessoa após a sua morte, quando durante toda a sua vida lhe foi garantida a propriedade daqueles bens.

Argumenta, Antonino Liserre¹⁶ que a inexistência do direito de herança, em uma sociedade em que não impera um integral coletivismo da propriedade, levaria a um consumo desenfreado, desestimulando a poupança.

Podemos afirmar que a sucessão hereditária, no ordenamento jurídico brasileiro, constitui uma garantia fundamental dos cidadãos (artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal), sendo que sua abolição não pode ser objeto de emenda constitucional, consoante dispõe o artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal.

De acordo com o disposto no artigo 1.786 do Código Civil, a sucessão *causa mortis* dá-se por disposição de última vontade ou em virtude de lei. À primeira disposição, denomina-se sucessão testamentária, pois corresponde às disposições constantes no testamento; e, à segunda, sucessão legítima. De acordo com Pontes de Miranda¹⁷, a sucessão legítima tem o seu fundamento na existência de vínculo familiar, ou, na falta de elementos da família e de cláusula testamentária, de vínculo estatal.

¹⁶ LISERRE, Antonino. *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*. Jus.1979, p.204.231.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.t.LV, p.202.

A sucessão a título universal é aquela que ocorre quando não há testamento, quando o herdeiro legítimo ou testamentário é um único herdeiro, ou ainda nos casos em que os herdeiros testamentários recebem uma porcentagem, fração da herança. Na sucessão a título universal, portanto, o herdeiro recebe parcela da herança ou todo o montante. A sucessão a título singular ocorre quando o herdeiro é chamado a receber um bem individualizado, específico, como uma casa determinada ou um terreno individualizado a alguém.

A palavra legado, originada do latim *legatum*, exprime a parte de herança deixada pelo testador a alguém. Trata-se de um vocábulo proveniente do termo *legare*, que exprimia disposição testamentária a ser cumprida pelo herdeiro.

A sucessão testamentária fundamenta-se na autonomia de vontade manifestada mediante testamento, que se define como um ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, de seu patrimônio para depois da sua morte, nomeando tutores para seus filhos ou mesmo reconhecendo esses filhos, fazendo declarações de última vontade.

É possível a existência simultânea das duas formas de sucessão. A sucessão será legítima quando não houver testamento, quando este for julgado nulo ou caducar e quando não esgotar o patrimônio do finado¹⁸. No entanto, as disposições testamentárias não poderão afastar a sucessão legítima quando houver herdeiros necessários.

Dessa forma, pode-se concluir que a sucessão legítima se divide em sucessão legítima necessária e sucessão legítima não necessária. A sucessão legítima necessária é aquela que não pode ser excluída pela vontade do *de cujus*, dando origem aos herdeiros necessários e à quota necessária, também denominada legítima. Em contraposição a esta, há a quota disponível, ou seja, aquela parte do patrimônio que o *de cujus* pode livremente dispor por meio do testamento.

O Direito Sucessório constitui-se do conjunto de normas que visam à regulamentação da transmissão dos direitos e das obrigações do autor da herança aos seus sucessores, em decorrência do fato jurídico morte. Desse modo, a sucessão, objeto do Direito das

¹⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944, v.VI, p.9.

Sucessões, é aquela decorrente de transmissão ocasionada pela morte. Sobre o conceito de sucessão, destaca Washington de Barros Monteiro:

Num sentido amplo, a palavra sucessão significa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam. Nesse sentido se diz, por exemplo, que o comprador sucede ao vendedor no que concerne à propriedade da coisa vendida. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito.

No direito das sucessões, entretanto, emprega-se o vocábulo num sentido mais restrito, para designar tão-somente a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força da lei, em virtude de testamento (...)

A sucessão, no questionado ramo do direito civil, tem, pois, como pressuposto, do ponto de vista subjetivo, a morte do autor da herança. Antes desse evento, o titular da relação jurídica é o de *cujus* (abreviação da expressão de *cujus hereditatis agitur*).

Depois dele, o herdeiro torna-se titular, sucedendo ao defunto, tomando-lhe o lugar e convertendo-se assim no sujeito de todas as relações jurídicas, que a estes pertenciam. O herdeiro substituiu, destarte, o falecido, assumindo-lhes os direitos e obrigações. Em matéria sucessória não vige, portanto, o velho preceito *mors omnia solvit*. (...)

Mas a palavra sucessão designa também, do ponto de vista objetivo, a própria universalidade, o próprio acervo transmitido pelo finado. Por outro lado, frequentemente, emprega-se ainda, como sinônimo, tanto numa como noutra acepção, o vocábulo herança.¹⁹

Adotada a teoria *droit de saisine*, o direito pátrio defende que, no momento exato da morte, há a transferência do patrimônio do falecido aos seus herdeiros, sendo uma ficção jurídica, criação do Direito Francês, que prega, portanto, que o fato jurídico morte transfere, de imediato, o patrimônio do finado a seus sucessores:

Droit de saisine. Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: Direito das sucessões*. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.6.

propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Daí ter a doutrina fixado por volta do século XII, diversamente do sistema romano, o chamado *droit de saisine*, que traduz precisamente este imediatismo da transmissão dos bens, cuja propriedade e posse passam diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiros: *le mort saisit le vif*. Com efeito, no século XII a *saisine* era referida num Aviso do Parlement de Paris como instituição vigente e os *établissements* de St. Louis lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans.

Não foi, porém, uma peculiaridade do antigo direito francês. Sua origem germânica é proclamada, ou ao menos admitida, pois que fórmula idêntica era ali enunciada com a mesma finalidade: *Der Tote erbt den Lebenden*.

Em nosso antigo direito, prevalecia a sistemática romana, que foi, todavia, alterada pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, segundo o qual passa aos herdeiros, desde o momento da abertura da sucessão, a posse civil do *de cujus*, com todos os efeitos de posse natural. Mais tarde, foi aquele Alvará confirmado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1776, instituído a transmissão imediata aos herdeiros até o décimo grau, contanto que tivessem direito certo e indubitável à sucessão. Alguns provimentos regulamentares alteraram a sistemática, posto lhe não atingissem a substância. Em suas linhas estruturais foi, portanto, o princípio fundamental do *droit de saisine* que prevaleceu, com a transmissão imediata e direta, do defunto aos seus herdeiros.²⁰

Carlos Roberto Gonçalves assim trata da referida ficção jurídica, seu surgimento e evolução:

Na França, desde o século XIII fixou-se o *droit de saisine*, instituição de origem germânica, pelo qual a propriedade e a posse da herança passam aos herdeiros, com a morte do hereditando – *le mort saisit le vif*. O Código Civil francês, de 1804- Code Napoléon -, diz, no art. 724, que os herdeiros legítimos, os herdeiros naturais e o cônjuge sobrevivente recebem de pleno direito (*son saisis de plein droit*) os bens, direitos e ações do defunto, com a obrigação de cumprir todos os encargos de sucessão.

No Código Civil alemão – BGB, art. 1.922 e 1.942, seguindo o direito medieval, afirma-se, igualmente, que o patrimônio do *de cujus* passa

²⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: Direito das sucessões*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.6, p.7-8.

ipso jure, isto é, por efeito direto da lei, ao herdeiro.

O princípio da saisine foi introduzido do direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, reafirmado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1786. O Código Civil português de 1867, já revogado, dizia, no art. 2.011: “A transmissão do domínio e posse da herança para os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, dá-se no momento da morte do autor dela”. (...).²¹

O inventário não é o responsável pela transmissão do acervo, servindo para regularizar essa transmissão e para que os herdeiros possam dispor do patrimônio, caso assim desejarem, se se tratarem de bens imóveis.

Caso se tratar de inventário realizado em cartório extrajudicial – no cartório de registro de imóveis –, o encerramento do processo de inventário e o registro do formal de partilha, ou da escritura pública de partilha, proporcionará que os bens passem a figurar em nome dos herdeiros e não mais do morto. Pois, como afirmado, o inventário se destina à regularização da transmissão de patrimônio porque a própria morte faz com que os herdeiros sejam considerados proprietários.

O artigo 1.789 do Código Civil dispõe que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. A legítima, portanto, no direito brasileiro, foi fixada em metade dos bens do *de cujus*, sendo a outra metade, a quota disponível.

Os herdeiros necessários só poderão ser privados da legítima nas hipóteses específicas de indignidade e deserção, taxativamente determinadas em lei.

O Código Civil determina que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Ao último, é atribuído o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, independentemente do regime de bens (artigo 1.831 do Código Civil). Segundo as disposições do Código Civil, o companheiro só sucede nos bens adquiridos na constância da união estável a título oneroso, não tendo sido em tal ocasião expressamente mencionado como herdeiro.

²¹ GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol.VII, p.4-5.

Um segundo conceito importante a ser discutido é a meação. Com o casamento, surgem direitos e obrigações a serem observadas pelos cônjuges, figurando entre as relações econômicas o regime matrimonial, o direito sucessório e as doações recíprocas.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira, os regimes de bens constituem os princípios jurídicos disciplinadores das relações econômicas entre os cônjuges na constância do matrimônio.²²

Gustavo Rene Nicolau desfaz uma comum confusão entre meação e sucessão, asseverando que:

“o substantivo meação (derivado do verbo mear) nada mais é do que a simples atribuição dos bens a cada um dos cônjuges que unidos trabalharam (cada um em plano diferente) para construir o patrimônio que por ocasião da dissolução da sociedade conjugal (divórcio, separação judicial, morte e anulação) deverá ser partido ao meio, meado. A confusão se dá porque uma das hipóteses de dissolução da sociedade conjugal coincide com a premissa básica das sucessões: o falecimento. Assim, quando o caso irrompe para um dos cônjuges, o primeiro raciocínio jurídico que devemos elaborar é que metade dos bens adquiridos na constância do casamento deverá ser entregue nas mãos de seu verdadeiro proprietário, o cônjuge sobrevivente.”²³

Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isso é, os bens pertencentes às duas pessoas que foram casadas devem ser divididos. A existência de meação, bem como do seu montante, dependerá do regime de bens do casamento. Na comunhão universal, todo o patrimônio é dividido ao meio. Na comunhão de aquestos, dividir-se-ão pela metade os bens adquiridos na constância do casamento. Se há pacto antenupcial, a meação será encontrada de acordo com o estabelecido na escritura.

Portanto, ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do

²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.114.

²³ NICOLAU, Gustavo Rene. *Verdadeiras modificações do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br>>. Acesso em: 22.09.2016.

patrimônio já lhe pertencia. O que se inserirá na porção ideal da meação segue as regras da partilha. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, e, conforme o caso, também o cônjuge.

Como meação não se confunde com herança, se o sobrevivente do casal desejar atribuí-la a herdeiros, tal atribuição se constitui um negócio jurídico entre vivos. Não existe, na verdade, uma renúncia à meação, o que se faz é uma transmissão aos herdeiros do *de cujus* ou a terceiros. Embora exista quem defenda o contrário, tal transmissão requer escritura pública se tiver imóvel como objeto, não podendo ocorrer por termo nos autos do inventário porque ali só se permite a renúncia da herança. Da mesma forma, requer escritura a cessão de direitos hereditários feita pelos herdeiros. Transmissão entre vivos que é, sobre ela incide o respectivo imposto. Não haverá tributo se o cônjuge mantiver sua meação, que se individualiza na partilha.

2.3 Sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002

Duas foram as principais vantagens conferidas ao cônjuge com a edição do Código Civil de 2002: (a) primeira, o fato de ter alcançado a condição de herdeiro necessário, ficando protegido contra o eventual arbítrio de seu consorte, que antes poderia afastá-lo da herança sem necessidade de qualquer motivação; (b) de outra parte, o *status* do cônjuge na ordem de vocação hereditária melhorou sensivelmente, pois, mesmo sem abandonar a terceira posição como herdeiro único (artigo 1.829, inciso III, do Código Civil), foi chamado a concorrer²⁴ com as duas classes de sucessores que anteriormente o afastariam da herança, isso é, com os descendentes e os ascendentes.

²⁴ José Carlos Teixeira Giorgis apresenta uma coerente justificativa para a adoção da concorrência sucessória: “o instituto da concorrência é fruto de duas vertentes: a alteração do regime legal de bens para a comunhão parcial feita pela lei divorcista, que podia deixar o cônjuge desprovido de recursos, nada recebendo no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou ascendentes; e a extinção do usufruto sobre a quarta parte dos bens, ou metade, consoante houvesse descendentes ou não”. (Giorgis, José Carlos Teixeira. *Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente*, p.107.).

É, com efeito, o que dispõe o artigo 1.829:

Art.1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- 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;

II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III- ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais; [...].

No regime da comunhão universal de bens, o cônjuge não concorrerá com os descendentes, ou seja, não dividirá a herança deixada, que irá integralmente para os últimos, pois, no entendimento do legislador, se o supérstite já tem direito à meação, não haverá direito à concorrência, visto que o sobrevivente terá bens próprios suficientes a garantir seus sustento. Frente ao regime da separação obrigatória do artigo 1.641, se a lei impediu em vida, não admitiria a meação entre descendentes e cônjuge *mortis causa*. Na comunhão parcial de bens, em que o falecido não deixa bens particulares, os bens deixados compõem a meação do sobrevivente.

O cônjuge concorrerá com os descendentes, ou seja, dividirá a herança com os descendentes do *de cujus* no regime da participação final dos aquestos, pois nesse regime não haverá comunhão e o cônjuge sobrevivente poderá ver-se sem qualquer patrimônio ao fim do casamento. Na separação convencional de bens e na comunhão parcial, em que o autor da herança deixou bens particulares, encontram-se as hipótese mais tormentosa para a doutrina e jurisprudência.

As regras de concorrência do cônjuge com os ascendentes do falecido são bem mais simples do que as da concorrência com os descendentes. Estas partem da premissa segundo a qual, independentemente do regime de bens adotado pelas partes, a herança será sempre dividida entre o cônjuge e o ascendente.

Assim, a concorrência se dará no regime da comunhão universal, no da comunhão parcial com ou sem bens particulares, no da participação final nos aquestos, bem como no da separação convencional ou no da separação obrigatória de bens.

Sobre a herança deixada, composta por bens comuns ou particulares, o cônjuge terá direito a concorrer com os ascendentes. Não há a premissa pela qual se houver meação, não haverá sucessão. Essa premissa só se aplica à sucessão em concorrência com o descendente.

Essas duas vantagens mais marcantes do cônjuge na nova legislação sucessória são complementares e não podem ser vistas de maneira isolada, já que a segunda sem a primeira muitas vezes restaria inteiramente comprometida.

Segundo Paulo Lôbo,

A inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários despertou reação contrária da doutrina especializada, forte nas seguintes razões: a) a tradição longa do direito brasileiro de conter os herdeiros necessários nos descendentes e ascendentes sucessíveis, que contava com o consenso da comunidade jurídica; b) a redução do espaço de autonomia para testar; c) a inexistência de parentesco entre os cônjuges, que são oriundos de famílias distintas.

Esses razoáveis argumentos, contudo, têm sido contraditados pela transformação social das famílias, que cada vez mais, se distanciam da concepção tradicional de grupos de parentes consanguíneos em prol da concepção de grupos unidos por laços de afetividade, solidariedade, convivência e cuidado, para os quais a proximidade e integração de seus membros são mais relevantes que os laços mais distantes de parentesco.

Nesse sentido, a proteção da legítima de quem conviveu proximamente ao *de cujus*, como seu cônjuge sobrevivente, é mais justificável que o direito sucessório do irmão, tio ou primo daquele. Note-se que a proteção legal volta-se ao cônjuge que convivia de fato com o de cujus, no momento de sua morte.

Assim, os laços de afetividade, que se presumem entre cônjuges, descendentes e ascendentes, e não os de parentesco, que determinam a escolha legal dos herdeiros necessários. Não é mais justificável na contemporaneidade que parentes distantes (que já atingiram o décimo grau, no Brasil), alguns até mesmo desconhecidos do de cujus, prevaleçam sobre o cônjuge sobrevivente. A ideia de patrimônio familiar, que deve permanecer na família extensa, em razão do sangue, não mais se sustenta.²⁵

²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Da leitura da segunda parte do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, denota-se que o legislador abre exceções à concorrência do cônjuge com os descendentes justamente em decorrência do regime de bens.

Nos casos dos casados pelo regime da separação obrigatória (previsto no artigo 1.641 e não no artigo 1.640), no regime da comunhão universal ou no regime da comunhão parcial de bens, na hipótese de o *de cujus* não ter deixado bens particulares, não há participação do cônjuge sobrevivente na concorrência com a primeira classe da ordem de vocação hereditária.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²⁶, o raciocínio do legislador é o de que, no casamento constituído pelo regime da comunhão universal de bens, a comunhão patrimonial já se opera desde a celebração das núpcias, por isso a sua exclusão na concorrência com os descendentes. Esse entendimento também alude ao fato de que o cônjuge já é amplamente amparado pelo recebimento da meação, composta por metade dos bens comuns do casal.

Já os cônjuges que constituíram união sob o regime da separação obrigatória são impedidos por lei de estabelecer regime patrimonial diverso, portanto, não pode haver, de forma alguma, convocação para concorrência nesse primeiro momento. Eis que existem causas específicas para tal vedação legal e sua admissão burlaria o sistema legal.

Objeto de grande controvérsia, entretanto, é a interpretação do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, cuja redação ambígua aborda ou não a exclusão do cônjuge sobrevivente.

Do Enunciado 270 proferido na III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, deriva a primeira corrente doutrinária, como se lê:

O art.1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.89-104.

nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, acompanhando grande parte da doutrina, defende a interpretação que considera que o dispositivo limita a concorrência dos descendentes com cônjuge supérstite, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, exclusivamente aos bens particulares do *de cujus*. Para a autora, o raciocínio do legislador estaria baseado no fato de que os bens que pertenciam ao casal já são divididos em função da dissolução da sociedade conjugal em decorrência da morte. Já no que tange aos bens particulares do autor da herança, são eles partilhados pelos herdeiros a título de sucessão *causa mortis*, inclusive pelo cônjuge, já que é considerado herdeiro necessário.

Maria Helena Diniz adota posicionamento diverso. A análise da doutrinadora, no que tange a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, é que também deve ser observado se o falecido possuía bens particulares, se era casado no regime da comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente no patrimônio do *de cujus*.

A jurista alega que tal consideração deve ser adotada em função do princípio da operabilidade, com o fim de facilitar o cálculo da partilha, bem como o da indivisibilidade da herança. Do mesmo modo, o resguardo de parcela do acervo hereditário ao cônjuge supérstite, que foi ascendente aos demais herdeiros, não seria compatível com uma eventual exclusão da concorrência, no que se refere à totalidade dos bens do autor da herança, além de que o cônjuge é considerado herdeiro necessário.

Há ainda um terceiro entendimento ao qual se filia Maria Berenice Dias, que opina que a sucessão do cônjuge fixa, excluída na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares, concorre, com os descendentes, apenas os bens comuns. Em texto publicado no Caderno Direito e Justiça, a advogada defende a seguinte ideia:

[...] de que o ponto e vírgula empregado no dispositivo teria o efeito de alterar o seu sentido. Segunda a autora, no regime da comunhão parcial de bens há concorrência se o autor da herança não houver deixado bens particulares. A contrário sensu, se deixou bens exclusivos, o cônjuge concorrerá com os descendentes.²⁷.

De acordo com Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi,

As perguntas que se elaboram diante da questão posta em debate são: será que a mudança legislativa veio ao encontro dos valores vigentes sociais? Em nome da família afetiva, as injustiças não poderão ser maiores? Com o grande número de separações e divórcios e o pragmatismo social e de resultado nas relações conjugais, é acertada a concorrência do cônjuge? Com a convivência de vários ex-casamentos, dos quais resultaram filhos de vários pais e mães, a solução seria a mais adequada?

Entretanto, com as modificações ocorridas, não podemos falar em relação preferencial de classes sobre outras; em razão da concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes e ascendentes, trata-se de sucessão anômala, porque se afastaria do tipo comum de sucessão.²⁸.

Luiz Felipe Brasil Santos, citando os gramáticos, diz que:

[...] utiliza-se o ponto e vírgula para separar as partes, séries ou membros de frases que já estão interiormente separados por vírgula. É que o intuito do legislador é justamente o contrário daquele defendido pela autora, e justamente no sentido defendido no texto, qual seja: sendo o regime da comunhão parcial de bens, mas não deixando o de cujus bens particulares, o regime é semelhante ao de comunhão universal, em que todos os bens são comuns, pelo que se deve dar igual tratamento, ou seja, não deve haver direito à herança. Já se houver bens particulares, justifica-se o direito sucessório do cônjuge por não participar ele da sucessão sobre todos os bens. Insustentável, portanto, data vênua, o entendimento esposado pela nobre autora.²⁹.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. Ponto e vírgula. *O Estado do Paraná*. Curitiba, 27 de abril de 2003. Caderno Direito e Justiça, p.1.

²⁸ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004, p.189.

²⁹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Pontuações. *O Estado do Paraná*. Curitiba, 11 de maio de 2003. Caderno Direito e Justiça, p.1.

O Superior Tribunal de Justiça estabelece um quarto posicionamento baseado na vontade do cônjuge manifestada na época do casamento, que deve ser levada em consideração no momento da interpretação das regras sucessórias.

A Corte do Superior Tribunal de Justiça preserva o “regime da comunhão parcial de bens” no momento em que é concedido ao “cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis estes unicamente entre os descendentes”.

2.3.1 A nova ordem de vocação hereditária

O termo “vocação” provém do latim “*de vocatio*” e significa “convocação”, sendo, em termos técnicos, a convocação legal de alguém para que venha receber a herança ou a parte que lhe cabe.³⁰

As regras da vocação hereditária, porquanto de ordem pública, são, segundo a ótica de Paulo Nader,

[...]insuscetíveis de alteração por iniciativa de quem quer que seja, dado que matéria sucessória está ligada à proteção da família e está é uma instituição fundamental da sociedade. Nos limites da lei, possível sim a prevalência da vontade do titular do patrimônio, mas apenas por testamento.³¹

Nessa senda, Mário Luiz Delgado ensina que:

³⁰ SOUZA, Fernando Gaburri de. Questões controvertidas sobre a sucessão do cônjuge no novo Código Civil. In Flavio Tartuce; Ricardo Castilho (org.). *Direito civil: Direito Patrimonial e Existencial. Estudos em Homenagem a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p.879.

³¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v.6, p.137.

[...] ordem de vocação hereditária é o chamamento de todos os possíveis herdeiros do *de cuius*, para a este suceder, seja *ab intestato* ou testamentariamente. As posições ocupadas por cada um dos possíveis herdeiros, nessa ordem legal, são denominadas classes.³²

Giselda Hironaka discorre:

Deve-se notar que o autor define assim a ordem de vocação hereditária sob a vigência do Código Civil de 1916, em que o estabelecimento da chamada para suceder era verdadeiramente seccionada, vale dizer, era feita por etapas que não se interpenetravam, que não admitiam a concorrência, como se os herdeiros de primeira ordem subordinassem os herdeiros de segunda, terceira ou quarta ordens, não existindo qualquer espécie de concorrência entre eles. Essa coordenação preferencial defendida por Itabaiana de Oliveira era, então, uma verdadeira subordinação, verificável pela colocação dos membros da família em uma ou em outra das ordens de vocação hereditária. Apenas com a promulgação do Código Civil de 2002 é que se pôde verificar o estabelecimento de uma verdadeira coordenação entre eles.³³

Acerca do tema, em uma outra oportunidade, a autora aduz o seguinte:

[...] o cônjuge sobrevivente encontra-se, por força desta listagem preferencial de chamamento a herdar, em terceiro lugar, mas posiciona-se favorecido também nas duas primeiras e antecedentes classes, já que o novel legislador, dispôs que ele concorre com aqueles primeiros chamados a herdar, isto é, os descendentes e os ascendentes.

³⁴.

Com a entrada em vigor da nova sistemática da sucessão, hoje, o cônjuge, apesar de continuar ocupando a terceira posição na ordem de chamamento dos herdeiros, também figura, ora como herdeiro concorrente na primeira classe, ora na segunda classe de grupos sucessíveis.

³² DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005, v.3, p.61-62.

³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.89-90.

³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*, 2003, p.238.

2.3.2 Dos herdeiros necessários

Na forma do disposto no artigo 1.845 do Código Civil, são herdeiros necessários os descendentes e ascendentes em ordem infinita, ou seja, todo parente em linha reta não excluído da sucessão por indignidade ou deserdação. O cônjuge também faz parte desse rol, o que não acontece com o companheiro.

O conceito de herdeiro necessário modificou-se no direito moderno. Define-se como aquele da classe dos descendentes, dos ascendentes, e o cônjuge sobrevivente, este denominado ainda *legitimário* ou *reservatário* porque a ele pertence, ou é reservada, a metade dos bens do *de cujus*³⁵.

A lei assegura aos herdeiros necessários o direito à legítima ou reserva, vale dizer, metade dos bens deixados pelo falecido (artigo 1.846, do Código Civil). A outra metade é quota disponível, da qual o autor da herança tem liberdade para dispor. O herdeiro necessário somente poderá ser afastado da sucessão por motivo de indignidade ou deserdação.

A legítima consiste no direito sucessório do herdeiro legitimário, concentrado em porção dos bens hereditários, à qual a lei atribui especial tutela garantindo-lhe a indenidade: “Objetiva-se na metade de tais bens (art.1.846), nisso repousando a identificação do herdeiro necessário, legitimário ou reservatário, em confronto com o herdeiro simplesmente legítimo, ou facultativo.”³⁶.

Para calcular o montante da herança considerado como parte disponível, aquela que o autor da herança pode, por testamento, dispor livremente da forma que bem entender, bem como a parte integrante da quota correspondente à legítima dos herdeiros obrigatórios, deve-se levar em consideração o disposto no artigo 1.847 do Código Civil: “Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão,

³⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: Direito das sucessões*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.6.

³⁶ ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões: Legítima, testamentária, inventários e partilhas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.”.

Da norma acima citada, percebe-se a realização de alguns procedimentos que devem ser realizados para se chegar ao valor correspondente à legítima a ser atribuída aos herdeiros legitimários. Em primeiro lugar, se o autor da herança era casado, levar-se-á em conta o regime de bens adotado, de forma a excluir o patrimônio pertencente ao consorte sobrevivente. Estipulado o montante de bens pertencentes apenas ao falecido e que integrarão acervo hereditário, deverão ser abatidas as dívidas e despesas com funeral para se chegar ao valor líquido do patrimônio sucessível. Deste montante, a reserva legal correspondente à legítima tocará a porção de metade do patrimônio do *de cujus*, porção essa indisponível e que deverá ser acrescida de eventuais bens sujeitos à colação, de forma a propiciar que os herdeiros legitimários recebam quotas iguais, salvo se um deles for agraciado pelo autor da herança com patrimônio de sua quota parte disponível. A outra metade corresponderá à parte disponível do acervo, da qual deverão ser abatidos os legados.

Uma parte da doutrina considera excessivo o aquinhoamento atribuído a descendentes, ascendentes e cônjuge do falecido, por ser uma intervenção do Estado no âmbito da sucessão *causa mortis*, com subsequente redução da autonomia da vontade do testador – que fica impedido de dispor da parte da herança que cabe aos herdeiros necessários.

Ana Luiza Maia Nevares ressalta que a proteção da legítima se justifica plenamente já que apresenta como fundamento a tutela da família. A indisponibilidade da legítima, afirma a citada autora, efetiva o cumprimento da disposição constitucional contida no artigo 226 da Constituição Federal, que diz que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Assim, garantindo-se aos herdeiros necessários ao menos a metade dos bens do *de cujus*, evita-se deixar na miséria a comunidade familiar do testador, uma vez que ele fica impedido de dispor de todo o seu patrimônio.³⁷

A tutela da legítima se dá de forma efetiva, pois, limitando a liberdade do testador, se impede que ele disponha de mais da metade dos seus bens, afetando, com isso, a parte

³⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.44.

que a lei reserva aos herdeiros necessários. Havendo disposição testamentária que exceda a parte disponível, esta será reduzida a seu limite, conforme preceitua o artigo 1.967 do Código Civil.

Fazendo uma comparação ao Código Civil de 1916, conclui-se que o Código atual resguardou ainda mais a legítima dos herdeiros necessários por ter aumentado a proteção da reserva hereditária. Tal fato fica evidente quando se analisa as cláusulas testamentárias passíveis de limitação da legítima, uma vez que, no antigo Código, o artigo 1.723 permitia a aposição das seguintes cláusulas em testamento: inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, conversão de bens da legítima em outros bens e administração de bens. O Código Civil de 2002, no artigo 1.848, por sua vez, permite ao testador, desde que provada justa causa, somente restringir a legítima mediante cláusulas de: inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade. O Código Civil de 2002 ainda proibiu a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. Com isso, há uma tutela mais efetiva da legítima sob o fundamento de proteção especial da família, dado o seu papel fundamental no desenvolvimento da personalidade humana.

Na falta de descendentes, ascendentes ou cônjuge, o testador pode dispor livremente de seus bens, sem necessidade de respeitar a legítima, observando apenas as pessoas que não podem receber por testamento (artigos 1.798 e 1.801, do Código Civil).

2.3.3 Cônjuge como herdeiro necessário

Observa-se que, ao longo do tempo e de forma paulatina, o cônjuge foi ganhando posição de destaque no direito sucessório.

Com o advento do Código Civil de 2002, a situação do cônjuge em muito restou melhorada, passando a ocupar a primeira classe ou linha preferencial na ordem de vocação se concorrer com os descendentes, ou, não existindo esses, passando a ocupar a segunda classe ou linha em concorrência com ascendentes, ou ainda, diante da inexistência desses também, ocupando a terceira classe ou linha preferencial, herdando, exclusivamente, toda a herança, nos termos do que dispõe o artigo 1.829 do Código Civil.

Essa inovação na legislação brasileira salta aos olhos como resposta ao anseio social e à própria doutrina preocupada com o tema, no sentido de valorização do laço afetivo entre o casal, fruto da evolução do direito sucessório no que tange à situação do cônjuge supérstite.

A ascensão do cônjuge à qualidade de herdeiro necessário segue a tendência de nações ocidentais, entre as quais encontram-se a Argentina, a Itália e Portugal.

Segundo a doutrina de Fabio Ulhoa Coelho, essa tendência ainda não se esgotou e encontra guarida nos seguintes termos:

Para a formação do patrimônio do defunto, a contribuição do cônjuge é indiscutivelmente a mais consistente, quando contraposta à dos descendentes (que, a rigor, pouco ou nada contribuem, só se beneficiam do acervo acumulado pelos pais) e ascendentes vivos. Se, no passado, a manutenção da riqueza de uma família nas mãos dos parentes de sangue era um valor corrente – compatível com a organização da produção na Antiguidade e no feudalismo e, também, com a necessidade de acumulação econômica do início do capitalismo – hoje em dia perdeu o sentido por completo, tanto no plano axiológico como no racional.³⁸

A ordem de vocação hereditária é, segundo Silvio Rodrigues³⁹, uma relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado.

É nítida a influência da legislação lusitana sobre o Código Civil de 2002, especialmente no que se refere aos direitos sucessórios resguardados ao cônjuge sobrevivente.

Por força do Decreto-Lei nº 496/77, o Código Civil português de 1966 sofreu profundas alterações, principalmente no que alude aos aspectos sucessórios e à posição até então ocupada pelo consorte remanescente. Antes da modificação legislativa operada, porém, o cônjuge supérstite ocupava a desprestigiada quarta classe dos herdeiros legítimos. A

³⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil: Família e sucessões*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. vol.5, p.257.

³⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol.6.

primeira classe era composta pelos descendentes, a segunda pelos ascendentes e a terceira pelos irmãos do falecido e seus respectivos descendentes⁴⁰.

O artigo 2.133⁴¹ do Código Civil de Portugal dispõe que o cônjuge supérstite integra a primeira classe de sucessíveis, concorrendo com os descendentes do autor da herança. Na falta de descendentes, faz parte da segunda classe, concorrendo com os ascendentes do falecido.

O direito português, diferentemente do nosso, não condiciona a concorrência do consorte sobrevivente com os descendentes, ou mesmo com os ascendentes, à previa verificação do regime de bens adotado no casamento. O cônjuge supérstite será herdeiro concorrente com os descendentes ou com os ascendentes, independentemente do regime de bens adotado.

De acordo com José de Oliveira Ascensão⁴², a tutela sucessória do cônjuge sobrevivente instituída pelo Decreto-Lei nº 496/77 ultrapassou o parâmetro da razoabilidade, além de hostilizar a família de sangue. Mais prudente seria, conforme referido autor, que se mantivesse o esquema do usufruto legítimo, instituto mais simples e que melhor correspondia aos interesses práticos.

No mesmo sentido, é a manifestação do Carlos Pamplona Corte-Real⁴³, que teceu amargas observações a respeito das inovações trazidas com o Decreto Lei nº 496/77, asseverando que a valorização devotada ao cônjuge supérstite seria por toda injustificada em sua amplitude. Seria mais consentâneo, consoante o pensamento do autor, atribuir-se à viúva ou ao viúvo a condição de herdeiro necessário, mas não com o direito de obter a propriedade da herança, senão apenas a quota legítima na condição de mero usufrutuário.

⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. vol.1, p.204

⁴¹ “Art. 2133: 1- A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adopção, e a seguinte: a) Cônjuge e descendentes; b) Cônjuge e ascendentes; c) Irmãos e seus descendentes; d) Outros colaterais até o quarto grau; e) Estado. 2- O cônjuge sobrevivo integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixa ascendentes, caso em que integra a segunda classe.”

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil das sucessões*. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 1989, p.343.

⁴³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito de família e das sucessões*. Lisboa: Lex, 1993, p.176.

Na sucessão legítima, a legislação portuguesa assegura ao consorte remanescente, quando em concorrência com os descendentes do autor da herança, direito em recolher porção idêntica àquela a eles deferida, não podendo sua quota ser inferior a uma quarta parte da herança, consoante preconiza o artigo 2.139⁴⁴, nº 1, do Código Civil português.

Diferentemente ocorre na legislação mexicana, pois esta reconhece ao testador ampla liberdade de dispor de seus bens para depois de sua morte, inexistindo resguardo de quota legitimária a qualquer classe de herdeiros⁴⁵.

Compreende-se que o testador é o melhor árbitro de seus interesses, detendo absoluta soberania sobre seus bens, podendo, por conseguinte, destiná-los a quem bem lhe aprouver. Assim, pode-se confirmar que o sistema sucessório mexicano, diversamente da maioria das legislações latinas, defere à sucessão legítima mero caráter residual. Atribui-se, pois, nítida prevalência à vontade do cidadão, que pode livremente dispor de seus bens mediante testamento.

Conquanto a liberdade de testar seja praticamente absoluta (artigo 1.238 do Código Civil mexicano⁴⁶), nada impedindo que os consortes, mediante testamento, não deixem bens um ao outro, os artigos 1.368 e 1.377 do Código Civil mexicano prescrevem regras atinentes aos bens que podem ser dispostos mediante disposição de última vontade, contemplando hipóteses de inoficiosidade das cláusulas testamentárias.

A ordem de vocação hereditária brasileira consiste na distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, baseando-se em relações de família e de sangue conforme se depreende do artigo 1.829 do Código Civil:

Art.1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal,

⁴⁴ “Artigo 2.139 (Regras gerais) 1- A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quanto forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.”

⁴⁵ SANCHES-CORDEIRO DÁVILLA, Jorge. *Introducción ao derecho mexicano: derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p.51.

⁴⁶ “Artigo 1283: El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima.”

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;

II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III- ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais;[...].

O Direito Civil brasileiro empresta à expressão “herdeiro necessário” sentido específico e técnico: herdeiro necessário vem a ser o descendente, ascendente ou cônjuge sucessível (artigo 1.845 do Código Civil). Sua compreensão difere bastante da de herdeiro legítimo indicada no artigo 1.829 do Código Civil. Todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário, sendo este designado como legitimário, reservatário, obrigatório ou forçado.

O Código Civil disciplinou a tutela sucessória do cônjuge atribuindo-lhe uma quota parte da herança em propriedade plena, prevendo sua concorrência com os descendentes e ascendentes, concedendo-lhe toda a herança na ausência de tais parentes, além de lhe conferir o direito real de habitação.

Desse modo, no Código Civil, o cônjuge integra a categoria dos herdeiros necessários, juntamente com os ascendentes e os descendentes, conforme dispõe o artigo 1.845 do referido diploma legal. Por conseguinte, o cônjuge não poderá ser afastado da sucessão, salvo em casos de indignidade e deserdação, sendo certo que esse último só poderá ser ordenado pelo testador por uma das causas que autorizam a primeira, de acordo com o que dispõe o artigo 1.961 do Código Civil.

Consoante o disposto no artigo 1.846 do Código Civil, metade da herança pertence de pleno direito aos herdeiros necessários. Havendo descendentes, ascendentes e cônjuge, não poderá o testador dispor de mais da metade de seus bens, sob pena de redução das disposições testamentárias (artigos 1.967 e 1.968 do Código Civil).

2.3.4 Legitimidade do cônjuge para suceder

O Código Civil de 2002 disciplina a existência de requisitos gerais para que o cônjuge seja considerado herdeiro e requisitos específicos para que, caso possua essa qualidade, seja chamado à concorrência com os descendentes do *de cujus*.

Maria Helena Diniz classifica tais requisitos em: requisitos legais gerais (ausência de separação judicial ou de separação de fato há mais de dois anos) e requisitos especiais (regime de comunhão parcial, havendo bens particulares do falecido; regime da separação convencional ou de participação final nos aquestos)⁴⁷.

2.4.5 Requisitos gerais

O direito sucessório do cônjuge só é reconhecido se esse, ao tempo da morte do outro, não estiver separado dele judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, nesse caso, de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (artigo 1.830 Código Civil). A dissolução da sociedade conjugal acarreta a ausência de legitimidade do cônjuge para suceder. Assim, a separação judicial e o divórcio excluem o cônjuge da sucessão do seu (ex) consorte.

Importante esclarecer que, de acordo com as disposições contidas no Código Civil de 1916, a sucessão do cônjuge casado, mas separado de fato, mostrou ser uma questão controversa, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

O atual artigo 1.830 do Código Civil, tentando pôr fim à problemática do Código anterior quanto à sucessão do cônjuge separado de fato que, uma vez não tendo sido homologado em juízo, participava da sucessão do falecido, dispõe que:

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões*. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.122.

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.

Observa-se que, na primeira parte do dispositivo citado, manteve-se a proibição de o cônjuge separado judicialmente ser chamado à sucessão de seu consorte nos moldes do que dispunha a legislação revogada. Entretanto, a segunda e a terceira parte da norma em apreço apresentam duas possibilidades de o cônjuge supérstite vir a concorrer à herança deixada pelo *de cuius*, à luz do disposto no artigo 1.829: (i) se o consorte não estiver separado de fato há mais de 2 (dois) anos; e (ii) se, separado de fato há mais de 2 (dois) anos, não tenha sido o culpado pela ruptura da sociedade conjugal.

Conclui-se que não basta a caracterização da separação fática para que se opere a exclusão da legitimação do cônjuge em suceder os bens de seu falecido consorte, necessário, também, que, se superado o prazo estabelecido pelo legislador, seja provada a culpabilidade do sobrevivente para que ocorra a exclusão.

A legislação portuguesa silencia a respeito do reconhecimento de direitos sucessórios ao cônjuge supérstite se, ao tempo da abertura da sucessão, o casal estiver separado de fato. Considerando-se que o artigo 2.133, 3º do Código Civil português⁴⁸ apenas faz referência à falta de legitimação sucessória se houver separação judicial ou divórcio por sentença transitada em julgado ou que venha a transitar, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do 1.785⁴⁹ do Código Civil português; conclui-se pela possibilidade de o cônjuge supérstite

⁴⁸ “Artigo 2.133. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adoção, é a seguinte: a) cônjuge e descendentes; b) cônjuge e ascendentes; c) irmãos e seus descendentes; d) outros colaterais até o quarto grau; e) Estado.”

⁴⁹ “Artigo 1.785. Só tem legitimidade para intentar acção de divórcio, nos termos do artigo 1779º, o cônjuge ofendido ou, estando este interdito, o seu representante legal, com autorização do conselho de família; quando o representante legal seja o outro cônjuge, a acção pode ser intentada, em nome do ofendido, por qualquer parente deste na linha recta ou até terceiro grau da linha colateral, se for igualmente autorizado pelo conselho de família.”

ter direitos hereditários na hipótese de ele se encontrar separado de fato e não pender demanda judicial.

Merece uma crítica o disposto no artigo 1.830 do Código Civil de 2002, o qual diz que é gravíssimo condicionar a exclusão do cônjuge separado de fato da sucessão à ausência de culpa na separação, uma vez que tal previsão normativa introduziu elemento de difícil comprovação, que há muito é criticado pela doutrina e jurisprudência.

Cibele Pinheiro Marçal Tucci comenta sobre o artigo 1.830 do Código Civil: “Em suma, a ideia 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.”⁵⁰.

Vale lembrar que o legislador permitiu que a união estável se constitua ainda que um dos companheiros ou ambos sejam separados apenas de fato (artigo 1.723, § 1º do Código Civil).

O primeiro erro do legislador foi ter fixado o prazo de dois anos para que só então a separação tivesse o efeito jurídico de excluir o direito sucessório do sobrevivente. Sobre o tema, Marcos Alves da Silva comenta:

Supondo-se que, por ocasião do falecimento de um dos cônjuges, estivesse o casal separado há um ano e onze meses, em virtude do abandono do lar pelo sobrevivente, este teria direito à sucessão, ainda que culpado pela separação de fato, pois, se a separação for inferior a dois anos, a questão da culpa, na dicção do citado artigo, fica fora de cogitação. Tal solução se revela, na prática, esdrúxula, para dizer o mínimo.⁵¹.

O segundo erro foi ter colocado o elemento culpa caracterizando um requisito para que o ex-cônjuge tenha direito sobre a sucessão legítima. Giselda Maria Fernandes Hironaka

⁵⁰ TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. *Sucessão legítima do cônjuge e herança do companheiro*. Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex170.htm>. Acessado em: 06.09.2016.

⁵¹ SILVA, Marcos Alves da. *Culpa e castigo no direito da sucessão conjugal*: Uma análise do art.1830 do novo Código Civil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7394>>. Acesso em: 01.08.2016.

assevera, quanto à aferição de culpabilidade como condição da vocação hereditária, que o direito:

[...] tem procurado esquivar-se, cada vez mais, das cruéis exigências da prova da culpa de qualquer dos cônjuges, para abalizar a autorização de ruptura matrimonial. A tendência atual, sabe-se tão bem, é visualizar um direito de família novo, que tenha por objeto as relações de afeto, sob a ocorrência dos fenômenos da desbiologização e da despatrimonialização destas mesmas relações. (...) E o legislador do novo Código, em matéria de direito das sucessões, surdo ao clamor da pós-modernidade, fala inescrupulosamente em culpa, e ainda pretende que a prova de sua ausência, para o efeito de se deferir a herança ao cônjuge, em concorrência com descendentes, por exemplo, fique a cargo do processo de inventário (...) e num tempo em que o outro cônjuge, eventualmente envolvido no episódio culposos, já estará falecido! Será que isso dará certo? Parece que teremos quase que mais uma causa de exclusão de herdeiro fora de seu habitat legislativo.⁵²

De maneira contrária, Eduardo de Oliveira Leite, entendendo ser satisfatória a alteração sofrida na lei substantiva, explica:

A nova redação dada à antiga problemática, ganha em precisão e em justiça, evitando a manutenção (no mundo jurídico) de soluções há muito resolvidas, no mundo fático. Na realidade, resgatando o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, o legislador não só atribui melhores efeitos àqueles que se encontram no estado de casados, no momento da abertura da sucessão, como também e indiretamente, reforça os efeitos decorrentes do casamento, em oposição a outras eventuais vantagens conferidas pelas entidades familiares.⁵³

A busca por um culpado e um inocente pelo fim do matrimônio teve sua pertinência na concepção patriarcal da família, quando o casamento era indissolúvel e o marido era o chefe da sociedade conjugal. Com efeito, a partir da concepção do afeto entre os

⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. Direito sucessório brasileiro, ontem, hoje e amanhã. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2012. v.12, p.74.

⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.21, p.229.

cônjuges como fundamento do casamento, que se apoia na plena comunhão de vida, abandona-se a noção de culpa na dissolução da sociedade conjugal.

Com a dissolubilidade do casamento, a igualdade entre os cônjuges e a compreensão da família como um organismo social destinado a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros – sendo um instrumento de proteção da pessoa –, não mais se justifica a perquirição da culpa na dissolução da sociedade conjugal, estando assentada a compreensão de que cada um é livre para conduzir a sua vida pessoal.

Além do cumprimento dos requisitos genéricos, que são reclamados para qualquer sucessão do cônjuge sobrevivente, deve-se apurar, quando se tratar de concorrência do consorte com a classe dos descendentes do falecido, o regime de bens seguido pelo casamento. É o que decorre do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil:

Art.1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I-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. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Analisando o dispositivo supracitado, pode-se afirmar a inexistência de direitos sucessórios ao cônjuge caso esse tenha sido casado com o consorte falecido pelos regimes da comunhão universal de bens, separação obrigatória ou comunhão parcial de bens, não havendo o autor da herança deixado bens particulares, ou seja, aqueles bens que não se comunicam na constância do matrimônio.

Excetuadas as três hipóteses de regime de bens, pode-se inferir que o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes caso tenha sido casado pelos regimes da separação convencional de bens e comunhão parcial de bens, tendo o falecido deixado bens particulares.

Ao contemplar as hipóteses de exceção da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, o legislador apenas elegeu hipóteses em relação aos regimes da comunhão universal de bens, da separação obrigatória e da comunhão parcial de bens, conquanto o autor da herança não tenha deixado bens particulares. Ademais, e segundo as regras de hermenêutica, tratando-se de norma que implica em

restrição de direito, não lhe pode dar elastério para nela se compreender o que não está dito ou implicitamente entendido ao conformá-la com o sistema jurídico.

A análise do regime de bens do casamento consubstancia mero critério de aferição para determinar o direito de concorrência, ou não, do cônjuge remanescente com os descendentes do consorte falecido. Todavia, não se presta a ditar se a quota hereditária pertencente ao cônjuge remanescente incidirá sobre tais ou quais bens do falecido.

O Código Civil Italiano apresenta uma sistema de concorrência hereditária complexo, se confrontado com o regramento sucessório do Código Civil Brasileiro.

O diploma civil italiano regulamenta a sucessão dos parentes (artigos 566 a 580), trazendo várias hipóteses para o endereçamento do patrimônio, hipóteses estas que, muitas vezes, se interpenetram e demonstram dependência dos preceitos seguintes⁵⁴.

Na Itália, dentre os herdeiros legítimos estão o cônjuge, os descendentes, os ascendentes, os colaterais e o Estado.

A propósito assinalam Ruggiero e Maroi: “la successione legittima può aver luogo, o per diritto di famiglia (intensa questa in senso stretto), a favor dei parenti legittimi fino al resto grado, o per diritto di sangue in favor dei figli o dei genitori naturali o per diritto di matrimoni in favor del coniuge, o infine per diritto di sovranità in favor dello Stato”⁵⁵.

Referentemente ao concurso do cônjuge com os descendentes (art. 581), a matéria encontra-se assim disciplinada: concorrendo o cônjuge com um único filho (legítimo ou natural), terá o viúvo direito à metade da herança do de cujus. Porém, se o número de filhos for maior (sejam eles legítimos, naturais ou de ambas as origens), ao consorte caberá a reserva de 1/3 do monte partível, dividindo-se os 2/3 restantes entre os filhos (legítimos ou naturais, sem distinção). Tal dispositivo encontra-se em perfeita consonância matemática com a previsão contida no artigo 542, que ordena a reserva de metade do patrimônio do morto aos filhos e 1/4 ao cônjuge. “Ora, metade mais um quarto

⁵⁴ HIRONAKA, Giselda. *Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano*. Revista Brasileira de Direito de Família, IBDFAM, n° 29, p.74

⁵⁵ A sucessão legítima pode ter lugar, ou por direito de família (entendida em sentido estrito) a favor dos parentes legítimos até o último grau, ou por direito de sangue em favor dos filhos ou dos pais naturais ou por direito de matrimônio em favor do cônjuge, ou enfim por direito de soberania em favor do Estado.

são tres quartos. Esses três quartos correspondem a um inteiro da parte indisponível que, quando dividida, terá um terço reservado ao cônjuge. Esse terço da parte indisponível é um terço dos três quartos do total do patrimônio, ou seja, o cônjuge, receberá exatamente um quarto do total do patrimônio, que é a sua reserva legitimária.”⁵⁶

Em resumo, pode-se dizer que no sistema jurídico italiano o chamamento dos herdeiros obedece a seguinte ordem: em primeiro lugar são convocados os filhos de *de cujus* (legítimos, legitimados, adotivos e naturais reconhecidos ou declarados judicialmente), todos em igualdades de condições, recebendo o mesmo percentual, sempre se reservando ao cônjuge sobrevivente metade ou um terço da herança, caso concorra com um único filho ou mais filhos, respectivamente.

2.3.6 Da concorrência com os descendentes

Os descendentes estão em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária pois isso obedece a uma ordem natural e afetiva. Os vínculos afetivos entre pais e filhos são mais fortes, e, sendo estes mais jovens por ocasião do falecimento, precisam contar com proteção.

O direito das sucessões, que inicialmente comungava com a religião, via a transmissão do patrimônio *causa mortis* como mera consequência da necessidade de perpetuação do culto familiar. Mas mesmo após sua laicização, os primeiros a serem chamados a receber o patrimônio deixado pelo *de cujus* sempre foram seus descendentes.

A eleição dos descendentes para receber a herança em primeiro lugar decorre da própria ordem natural da vida, uma vez que, entre as relações afetivas estabelecidas pelo falecido, a estabelecida com os descendentes é, de modo geral, a mais forte, e em razão de serem, em regra, os mais jovens a figurar na ordem de vocação hereditária, eram eles os merecedores de maior tutela e proteção do *de cujus*, especialmente se sujeitos ao poder familiar à época da abertura da sucessão.

⁵⁶ HIRONAKA, Giselda. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. Revista Brasileira de Direito de Família, IBDFAM, nº 29, p.74-75.

Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições. Hodiernamente, não há mais que se fazer distinção entre filhos, pois a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, §6º, e a Lei nº 8.069/90, artigo 20, prescrevem: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação”.

Logo, não se pode mais discriminar legalmente os filhos concebidos fora do casamento ou os adotados, conferindo-lhes direitos diferenciados. Pouco importa a origem, todos os filhos, pelo simples fato de serem filhos, receberão, juridicamente, tratamento igual.

Os filhos, todos eles, têm os mesmos direitos sucessórios e receberão a mesma quota da herança. Herdeiros por excelência, os filhos são chamados em primeiro lugar, adquirindo os bens por direito próprio (CC, artigo 1.829, I). Contudo, é importante destacar a lição de Maria Helena Diniz, segundo a qual os filhos não concebidos até o óbito do autor da herança não poderão suceder, salvo se houver disposição testamentária (CC, art. 1.799) contemplando-os⁵⁷.

No Código Civil de 1916, por força do artigo 1.603, os descendentes, além de ocupar posição privilegiada na ordem de vocação hereditária – haja vista que integravam a primeira classe de herdeiros sucessíveis –, também ostentavam a qualidade de herdeiros necessários, não podendo o autor da herança dispor, em testamento ou doação, de mais da metade de seus bens, sob pena de redução de disposições testamentárias ou obrigação do donatário trazer à colação os que houverem recebido em vida por parte do devedor.

Com o advento do Código Civil de 2002, se o *de cujus*, no instante da abertura da sucessão, era casado e deixou descendentes, implementa-se a sucessão concorrente entre os herdeiros da primeira classe e o integrante da terceira, desde que preenchidos os requisitos legais, em sensível alteração do regime sucessório do Código Civil de 1916.

Da mesma forma que na legislação anterior, aplicam-se as disposições no sentido de que, em se tratando de sucessão de descendentes, os filhos sucedem por cabeça e os

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2011. vol.6.

outros por cabeça ou por estirpe, dependendo de como se achem no grau de sucessão. Os mais próximos excluem os mais remotos, tendo os descendentes da mesma classe os mesmos direitos à sucessão dos ascendentes, havendo ainda o direito de representação em relação aos filhos do descendente pré-morto ao autor da herança.

Atualmente, o cônjuge é beneficiado, na sucessão concorrente, com parcela da propriedade da herança e com direito real de habitação sobre o imóvel utilizado como residência da família.

O sistema sucessório venezuelano defere a sucessão legítima, primeiramente, aos descendentes do falecido, em concorrência com o cônjuge supérstite. Competirá ao consorte remanescente recolher a porção idêntica a que for deferida a um filho, consoante preconiza o artigo 824 do Código Civil da Venezuela⁵⁸. Não há distinção entre filhos naturais e legítimos, de modo que todos receberão a mesma participação hereditária sem qualquer discriminação, artigo 826, Código Civil da Venezuela⁵⁹.

Nos termos do artigo 1.832 do Código Civil Brasileiro, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem o *de cujus* por cabeça. Isto se aplica, especialmente, aos casos em que os descendentes não têm o mesmo grau de parentesco, dando-se a sucessão por direito de representação e a partilha por estirpe. O legislador garantiu ao cônjuge a mesma condição do descendente que herda em grau mais próximo. Se concorrem filhos e netos, terá o cônjuge quota igual à do filho, regra esta que beneficia o cônjuge.

De acordo com a nova disposição legal, o cônjuge herda juntamente com os descendentes, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal, no da separação obrigatória de bens, ou se no regime da comunhão parcial quando o autor da herança não lhe houver deixado bens particulares. Ou seja, herda o cônjuge se for casado com regime de separação total (convencional) de bens, participação final nos aquestos ou, não havendo bens particulares, o cônjuge herda sobre toda a herança e não apenas sobre os bens.

⁵⁸ “Artículo 824. El viudo o la viuda concurre con los descendientes cuya filiación este legalmente comprobada, tomando una parte igual a la de un hijo.”

⁵⁹ “Artículo 826. Una vez que haya sido establecida su filiación, el hijo nacido y concebido fuera del matrimonio tiene, en la sucesión del padre y de la madre, en la de los ascendientes, y demás parientes de éstos, los mismos derecho que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio.”

Da leitura do artigo 1.829 do Código Civil, pode-se afirmar que a inovação, por parte do legislador, condicionou a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente ao regime matrimonial de bens que vigorou durante o casamento.

Entretanto, conforme pontua Mário Luiz Delgado Régis, não houve vinculação total do regime de bens à ordem de vocação hereditária, uma vez que essa condicionante se aplica, tão somente, na primeira classe de sucessores, ao estipular a concorrência, conforme o regime de bens adotado, entre descendentes e consorte sobrevivente, pois os demais direitos sucessórios do cônjuge não se submetem a qualquer tipo de vinculação⁶⁰.

O legislador pátrio foi extremamente infeliz na redação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, pois a má técnica legislativa e sua redação dúbia têm levado alguns autores a interpretações díspares na definição de qual situação permitiria ao cônjuge concorrer com os descendentes do falecido, causando, dessa forma, uma polêmica doutrinária.

Maria Berenice Dias afirma, por exemplo, que:

A apressada leitura desse dispositivo tem levado todos os que buscam na lei uma resposta justa a um estado de verdadeira perplexidade e de certa indignação, flagrando uma aparente injustiça quando na sucessão existem bens e filhos anteriores ao casamento.⁶¹

Da análise do dispositivo e conforme fundamentação da jurista, é usado o sinal de pontuação ponto-e-vírgula, que tem por finalidade estabelecer um seccionamento entre duas ideias. Assim, nos dizeres da estudiosa, é imperioso reconhecer que a parte final da norma regula o direito concorrente quando o regime é o da comunhão parcial, salientando que a lei abre duas hipóteses, a depender da existência ou não de bens

⁶⁰ RÉGIS, Mário Luis Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: Será que precisamos mudar o Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM, n.29, 2005. v.7, p.191-222.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família e sucessões no novo Código Civil*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005. p.287.

particulares. Para a autora, o texto da lei traz de forma clara: no regime da comunhão parcial há a concorrência “se” o autor da herança não houver deixado bens particulares.

A *contrario sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge não concorrerá com os descendentes. Afirma:

Outra não pode ser a leitura deste artigo. Não há como “transportar” para o momento em que é tratado o regime da comunhão parcial a expressão “salvo se” utilizada exclusivamente para excluir a concorrência nas duas primeiras modalidades, ou seja, no regime da comunhão e no da separação legal. Não existe dupla negativa no dispositivo legal, pois na parte final- após o ponto-e-vírgula- passa a lei a tratar de hipótese diversa, ou seja, o regime da comunhão parcial, oportunidade em que é feita a distinção quanto à existência ou não de bens particulares. Essa diferenciação nem cabe nos regimes antecedentes, daí a divisão levada a efeito por meio do ponto-e-vírgula.⁶².

Miguel Reale, partindo de uma interpretação sistemática do Código Civil, em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo em 12 de abril de 2003, defende que houve verdadeiro equívoco legislativo ao fazer constar, no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, a expressão separação obrigatória. Em verdade, salienta o jurista, o correto seria promover uma adequação legislativa, a fim de retirar do texto legal a expressão “separação obrigatória”, mantendo-se apenas a menção ao regime de separação de bens, de forma a abarcar tanto o regime da separação legal, interpretada como obrigatória, quanto o da separação convencional de bens.⁶³.

A primeira hipótese cabível é que o cônjuge viúvo herdará concorrendo com os descendentes do falecido, mas para isso, é imprescindível se averiguar qual o regime de bens que vigorava no casamento entre o (a) viúvo (a) e o finado:

⁶² DIAS, Maria Berenice. Ponto e vírgula. *O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 27 de abril de 2003.

⁶³ REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*. A2, 12 de abril 2003.

- (i) Se casado no regime da comunhão universal de bens, o cônjuge viúvo não herdará, só receberá a sua meação, ou seja, a metade do patrimônio amealhado pelo casal;
- (ii) Se casado no regime da comunhão parcial de bens, inexistindo bens particulares, o cônjuge viúvo nada herdará;
- (iii) Se casado no regime da separação obrigatória de bens, o cônjuge viúvo nada herdará, mesmo existindo bens particulares;

Nos regimes de bens acima elencados, o cônjuge viúvo não participará como herdeiro na sucessão de seu consorte, cabendo ao supérstite metade da totalidade bens, ou seja, a sua própria meação no patrimônio amealhado.

No tocante ao regime da separação convencional de bens, tem-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça em direção contrária à letra expressa na lei, posto que se entendeu que não há concorrência sucessória nesse caso, fazendo conjugação do artigo 1.829, inciso I, com regra do artigo 1.687. Declarou-se que:

Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.⁶⁴.

Segundo Inácio de Carvalho Neto, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

[...]não pode servir de paradigma para se fixar uma tese geral, já que contrária expressamente a norma legal. Com efeito, a lei é bastante clara ao afirmar que o cônjuge concorre com os descendentes no

⁶⁴ STJ – 3ª Turma- Resp nº 992.749/MS – Relatora Ministra Nancy Andrighi – j. em 1.12.2009 – DJ 05.02.2010.

regime da separação convencional. Ainda que pudéssemos questionar a justiça desse preceito, não seria possível taxa-lo de inconstitucional; trata-se de mera opção legislativa que, certa ou errada, deve ser cumprida.⁶⁵.

A segunda hipótese cabível é que o cônjuge viúvo herdará concorrendo com os descendentes do falecido, se casado nos seguintes regime de bens:

- (iv) Se casado no regime da separação convencional de bens, o cônjuge viúvo herdará;
- (v) Se casado no regime da comunhão parcial de bens, existindo bens particulares, o cônjuge viúvo herdará;
- (vi) Se casado no regime de participação final nos aquestos, existindo bens particulares, o cônjuge viúvo herdará

Visto então que a sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento, salvo impossibilidade que o viúvo não obrou com culpa, e se casados em um dos regimes de bens acima citado, materializar-se-á o Direito Sucessório do cônjuge sobrevivente, o qual passará a concorrer com os descendentes do seu consorte.

Nos termos do artigo 1.832 do Código Civil⁶⁶, "cabará ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça". Isto se aplica aos casos em que os descendentes não têm o mesmo grau de parentesco (filhos e netos), dando-se a sucessão por direito de representação e a partilha por stirpe. O legislador garantiu ao cônjuge a mesma condição do descendente que herda em grau mais próximo

⁶⁵ CARVALHO NETO, Inacio. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p.134.

⁶⁶ Artigo 1.832, inciso I, do Código Civil: "Em concorrência com os descendentes cabará 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".

2.3.5.1 Da concorrência com os descendentes comuns

Prescreve o artigo 1.845 do Código Civil serem herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. O legislador não arrolou o companheiro (a) como herdeiro necessário. Aos herdeiros necessários pertence metade da herança, diz o artigo 1.846 do Código Civil, a qual se constitui na porção indisponível e é a sua legítima.

Salvo melhor compreensão, os artigos 1.845, 1.846 e mais o dispositivo 1.832 – todos do Código Civil, reiteram a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, colidindo com a disposição restritiva do artigo 1.829 do Código Civil, em que restou definida a ordem de vocação hereditária e excluída a convocação do consorte sobrevivente nos regimes da comunhão universal, na participação final dos aquestos e no da separação obrigatória ou legal de bens, sendo ignorada nessa última a Súmula nº 377 do Superior Tribunal Federal.

Com a abertura da sucessão legítima, os descendentes do *de cujus* são chamados a suceder em primeiro lugar, adquirindo os bens, por direito, próprios, além de se fazerem enquanto herdeiros necessários. Isso determina a vedação ao autor da herança em dispor, em testamento ou doação, de mais da metade de seus bens.

O artigo 1.835 do Código Civil dispõe: “Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça o por stirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau”.

Assim, tendo em vista o princípio de que, dentro da mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos, os filhos serão chamados à sucessão do falecido recebendo uma quota igual da herança, excluindo-se os demais descendentes, salvo os casos de direito de representação.

A intenção da vocação hereditária do cônjuge supérstite no direito sucessório brasileiro é a de assegurar uma parcela patrimonial sobre os bens particulares do falecido, o que só poderá ocorrer no regime da comunhão parcial de bens, no regime convencional da separação de bens e no regime da participação final dos aquestos.

O artigo 1.832 do Código Civil disciplina: “Em concorrência com os descendentes (art.1.829, inciso 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.”

Dessa forma, o cônjuge supérstite concorre em igualdade de condições com os descendentes do *de cujus*, exceto se já tiver direito à meação em face ao regime matrimonial de bens. Terá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Não pode a quota do cônjuge ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. É o que Gustavo Nicolau chamou de “piso da herança”⁶⁷. Assim, se houver mais de três descendentes concorrendo por cabeça, não haverá igualdade de quinhões. O cônjuge herdará uma quarta parte, sendo as três restantes divididas por cabeça entre os descendentes.

O cônjuge viúvo receberá parcela idêntica à dos descendentes, haja vista que todos herdarão por cabeça ou por direito próprio, por exemplo: sendo quatro os filhos do finado, a herança será partida em cinco partes iguais, ou seja, uma parte para cada filho e uma para o cônjuge sobrevivente. Vale ressaltar também que, se um dos filhos for pré-morto, sua prole herdará por representação justamente a quota parte que o filho pré-morto receberia. No entanto, se todos os filhos do finado forem pré-mortos, os filhos deles, netos do finado, serão convocados a suceder por direito próprio ou por cabeça, e toda a herança será distribuída em partes iguais – igual, inclusive, à parte do cônjuge viúvo.

2.3.5.2 Da concorrência com descendentes híbridos

A concorrência com descendentes híbridos é a situação de maior divergência entre a doutrina e jurisprudência, uma vez que o legislador deixou de prever, ao menos expressamente, a situação em que, entre os descendentes do falecido habilitados a

⁶⁷ NICOLAU, Gustavo. *Sucessão legítima no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 06.09.2016.

receber a herança em concorrência com o cônjuge, encontram-se tanto descendentes comuns quanto descendentes exclusivos – hipótese em que haverá a chamada concorrência híbrida.

Nesse aspecto é que surge uma lacuna legal nas regras do direito sucessório, que certamente necessitará de uma interpretação por parte dos doutrinadores e juízes em face da omissão legislativa. Várias críticas foram feitas pela doutrina, conforme se observa a seguinte afirmação de Giselda Hironaka:

Tudo isso porque – infelizmente, e mais uma vez – não previu, o legislador, a tormentosa hipótese de serem herdeiros do falecido pessoas que guardem relação de parentesco (filiação) com o sobrevivente, em concorrência com outras que fossem parentes apenas dele, autor da herança.⁶⁸

Sílvio de Salvo Venosa acredita ser lamentável essa situação omissiva do legislador, visto que, nos dias atuais, é muito comum pessoas casarem mais de uma vez e desses casamentos resultarem diversos filhos. A indignação do autor é tamanha que chega, inclusive, a afirmar que “essa omissão legislativa é absolutamente imperdoável.”⁶⁹

Várias são as posições a respeito dessa omissão legislativa. Alguns doutrinadores entendem que deveria haver a reserva da quarta-parte, outros, ao contrário, que impossível seria reservar a quarta-parte, havendo também aqueles que se posicionam por uma participação diferente de cada descendente e ainda os que afirmam não haver fórmula matemática para o problema.

Muito embora a maioria dos autores defenda a necessária alteração *lege ferenda* desses dispositivos, assegurando uma interpretação mais justa e com maior segurança jurídica, as soluções apontadas pela doutrina, segundo Giselda Hironaka, se resumem a três proposições básicas que englobariam as diversas opiniões sobre o assunto.

⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. *Revista Imaes*. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/692>. Acesso em: 01.09.2016.

⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos das sucessões*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.7, p.145.

A primeira proposta seria classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes comuns do *de cujus* e do cônjuge supérstite. Consequentemente, necessária também seria a reserva da quarta parte da herança quando houvesse mais que três descendentes híbridos, independente de suas origens.

O professor Venosa sustenta essa posição afirmando que “a lei não fez distinção se essa concorrência é com os filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido”. Dessa forma, se for ascendente de pelo menos um dos herdeiros descendentes, ficará assegurada a quarta parte do cônjuge, independentemente da existência de filhos exclusivos do *de cujus*. Essa solução seria a que melhor se coaduna com o espírito do legislador, que procurou proteger o cônjuge sobrevivente com o estabelecimento dessa quota mínima⁷⁰.

Tal posição está longe de ser acolhida pacificamente, pois traz prejuízos patrimoniais consideráveis aos filhos exclusivos do *de cujus*, que, se estivessem sozinhos na sucessão com o cônjuge, receberiam uma parte maior dos bens de seu ascendente morto. Além do mais, os filhos exclusivos sofrerão uma acentuada desvantagem relativa aos filhos comuns, que, ao que tudo indica, sendo descendentes do cônjuge supérstite, seriam beneficiados com um quinhão maior, pois, provavelmente, herdariam também a parte dos bens amealhados pelo cônjuge supérstite por ocasião de sua morte⁷¹.

A segunda proposta seria classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes exclusivos do *de cujus*. Como consequência, a divisão do *monte-mor* entre o cônjuge e os descendentes se daria por cabeça, de forma igualitária, sem a reserva da quarta parte – independentemente da qualidade de descendentes na relação sucessória. Essa é a posição mais aceita pela doutrina.

Para Maria Helena Diniz, por exemplo, essa é a proposta mais acertada e mais justa, dentro de uma interpretação consoante com os preceitos constitucionais de igualdade

⁷⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos das sucessões*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.7, p.145.

⁷¹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; JACOB, Cristiane. *A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido*. Art. 1829, I, do Código Civil de 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5543>>. Acesso em: 01.09.2016.

entre os filhos⁷². Para Mário Delgado, tal foi a intenção do legislador “beneficiar o cônjuge, mas sem prejudicar tanto os filhos.”⁷³.

Embora esse seja também o entendimento do jurista Zeno Veloso⁷⁴, o mesmo refuta a proposta anteriormente citada com a alegação de que, tratando os filhos de modo idêntico, isso é, considerando-os todos como exclusivos, prejudicar-se-ia o quinhão do cônjuge, que teria sua parte na herança reduzida. De modo algum o espírito do legislador agiu para impedir que a proteção do cônjuge em sua viuvez, até mesmo porque, no momento em que não há a reserva da quarta parte ao cônjuge, fere-se a *mens legis*.

A terceira proposta seria uma composição híbrida, dividindo-se a herança proporcionalmente em sub-heranças proporcionais, de acordo com o tipo de descendente, de maneira que o quinhão do cônjuge seria composto de duas partes, uma referente à participação por cabeça na sub-herança dos descendentes exclusivos, e outra referente à concorrência na sub-herança dos descendentes comuns, garantido nessa porção sua reversa de um quarto sobre o acervo hereditário.

A maior crítica a tal proposta reside no fato de que, nessa divisão, o quinhão que cada descendente comum irá receber será proporcionalmente menor que o quinhão relativo aos descendentes exclusivos, trazendo uma desigualdade entre os filhos do *de cujus*, o que fere o preceito constitucional da igualdade dos filhos bem como a regra do artigo 1.834, sendo, portanto, inaceitável.

Denota-se que qualquer outra solução híbrida apresentada faria com que houvesse desigualdade nos quinhões recebidos pelos descendentes, a depender do grupo de que eles pertencessem. Entretanto, a jurisprudência tem aplicado nesses casos o segundo entendimento, qual seja, classificar todos descendentes, exclusivos e comuns, como se

⁷² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.6, p.121.

⁷³ DELGADO, Mario Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO Mário Luiz; ALVES, Jones de Figueiredo (coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005.v.3.p.438.

⁷⁴ VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. p.531.

fossem descendentes exclusivos do *de cujus*, tendo como consequência a divisão do *monte-mor* entre o cônjuge e os descendentes, por cabeça, de forma igualitária.

O direito português, distintamente da regra esculpida no artigo 1.832 de Código Civil brasileiro, não exige que o consorte remanescente seja ascendente de todos os descendentes com quem concorre para que possa ter direito à porção mínima de uma quarta parte da herança. Concorrendo com mais de três descendentes do autor da herança, sendo ou não ascendente de qualquer deles, destacar-se-á ao cônjuge sobrevivente uma quarta parte da deixa hereditária, dividindo-se os três quartos restantes, igualitariamente, entre os demais herdeiros descendentes que se encontrarem no mesmo grau.

Em não havendo descendentes, o consorte sobrevivente concorrerá com os ascendentes do autor da herança. Em tal situação, ser-lhe-á deferido direito a recolher duas terças partes da herança, competindo aos ascendentes a terça restante, consoante dispõe o artigo 2.142, nº 1^o⁷⁵, do Código Civil português.

Segue abaixo ementas proferidas pelos Tribunais brasileiros:

Civil. Família e Sucessões. Separação Convencional de Bens. Decisão Agravada que exclui do cônjuge supérstite o direito à herança em concorrência com os descendentes. Decisão apoiada no RESP 993.799/MS. Aplicação do art. 1.829, I, CC para regular a vocação hereditária mesmo quando esta decorra de casamento celebrado sob a égide do CC-16. Interpretação sistemática do novo Código Civil, que regula os efeitos futuros do ato jurídico perfeito que é o casamento. Celebração de pacto antenupcial que não afasta a qualidade de herdeiro do cônjuge sobrevivente, tendo em vista que o art. 1.829, I, CC não traz o regime da separação convencional como uma excludente de sua aplicação. Impossibilidade de se considerar que a separação obrigatória, tanto em razão da impossibilidade de se interpretar extensivamente norma de restrição quanto pela incompatibilidade semântica entre as expressões “obrigatórias” e “convencional”. Precedentes do TJRJ e do C. STJ. Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil do CJF. Agravo de Instrumento a que se dá provimento para declarar o direito da agravante à herança, na forma do art. 1.829, I, CC. (Agravo de Instrumento nº 00622369-

⁷⁵ “Artigo 2.142. 1- Se não houver descendentes e o autor da sucessão deixar cônjuge e ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança.”

95.2014.8.19.0000; 3ª Câmara TJRJ; Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, j. 27.11.2014).

Apelação. Alvará Judicial. Levantamento de Saldo de PIS, contracorrente e conta poupança. Casamento sob regime da separação convencional de bens. União Duradoura. 40 anos. Distinção do regime da separação obrigatória. Concorrência do cônjuge supérstite com os filhos. Art. 1829, I, do CC. Provimento do Recurso.

1. Os herdeiros ostentam o direito subjetivo de pretender o levantamento de saldo residual de PIS e FGTS e quantia existente em contracorrente e conta poupança de titularidade do de cujus, por meio de alvará judicial, independentemente de abertura de inventário ou arrolamento. 2. O art. 1829, I, do Código Civil não se refere ao regime da separação convencional de bens, mas ao da separação obrigatória, o que implica na concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes na herança. 3. Não se pode considerar a separação convencional de bens como espécie do gênero separação obrigatória, porquanto, sendo o art. 1.829, I, do Código Civil, norma excepcional, atrai interpretação restritiva. 4. O cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional de bens, é herdeiro necessário em concorrência com os descendentes do de cujus, não sendo lícito estender os efeitos da proibição que contempla o regime de separação obrigatória ao da separação convencional. 5. Sendo todos os herdeiros maiores e capazes, demonstrada a inexistência de bens a inventariar e a ausência de herdeiros habilitados no INSS à pensão por morte, nada tendo a opor a Fazenda Pública Estadual, não há qualquer óbice ao levantamento dos valores pretendidos pelo cônjuge sobrevivente, juntamente com seus filhos maiores, observada sua cota parte. 6. Entendimento jurisprudencial assente neste Tribunal de Justiça. 7. Provimento do recurso. (Apelação nº 0007012-78.2010.8.19.0206, 17ª Câmara TJRJ, Des. Elton Leme, j.05.02.2014).

2.3.5.3 Da concorrência do cônjuge com os ascendentes

Sobre a concorrência do cônjuge com os ascendentes, Carvalho Neto diz:

Em segundo lugar, herdam os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Aqui a lei não faz distinção quanto ao regime de bens do casamento, em qualquer regime o cônjuge tem direito à concorrência na sucessão. Nos termos do artigo 1.837, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da

herança; mas lhe caberá a metade da herança se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.⁷⁶

Tendo por base esse fato, entende-se que o legislador procurou conferir uma tutela sucessória mais efetiva ao cônjuge sobrevivente, quando ele concorre com ascendentes do falecido.

Lembrando que, para o cônjuge sobrevivente tenha direito à herança concorrente, é indispensável que, no instante da abertura da sucessão, ele esteja casado e convivendo com o *de cujus*, como dispõe o artigo 1.830 do Código Civil.

O artigo 1.837 do Código Civil estabelece: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço da herança); caber-lhe-á metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Se o cônjuge concorrer com ascendentes em primeiro grau – os pais do *de cujus* –, a divisão da herança é feita em partes iguais, sendo fracionada em número de partes equivalentes ao número de herdeiros. Operando a concorrência com ambos os genitores do falecido, divide-se o monte-mor em três partes iguais, sendo uma atribuída ao pai, outra à mãe e a última ao consorte sobrevivente. Entretanto, se o cônjuge concorrer somente com o pai ou com a mãe, a herança é partilhada em duas partes iguais, uma para cada sucessor.

O cônjuge tem direito a uma quota fixa da herança sempre que concorrer com os demais ascendentes do segundo grau em diante – como avós, bisavós, etc. Trata-se de um quinhão fixo reservado ao consorte sobrevivente, que não sofre diminuição em razão do número de ascendentes sucessíveis. Importante destacar que, na concorrência com ascendentes, o cônjuge herda sobre todo o patrimônio deixado pelo falecido, não havendo restrição alguma como quando concorre com os descendentes do *de cujus*, onde participa da sucessão apenas em relação aos bens particulares do hereditando. Não há nenhuma determinação legal nesse sentido, quando a concorrência é com herdeiros da segunda classe, até mesmo porque, conforme já ressaltado, no caso em apreço, o

⁷⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. *Júris Síntese*. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-9.pdf>. Acesso em: 28.08.2016.

legislador não vinculou o direito de herança do consorte sobrevivente ao regime de bens do casamento que mantinha com o falecido.

2.3.5.4 A totalidade da herança ao cônjuge sobrevivente

Seguindo a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.838 do Código Civil, não havendo descendentes nem ascendentes do falecido, “a totalidade da herança será recolhida por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.

Importante frisar que o cônjuge remanescente apenas fará jus ao recolhimento de toda a herança caso estejam presentes os requisitos legais genéricos preconizados pelo artigo 1.830 do Código Civil.

Inexistiria a possibilidade de o cônjuge supérstite recolher a totalidade da herança caso ele não sobreviva ao seu falecido consorte no instante da abertura da sucessão ou na hipótese de se considerar que o falecimento de ambos se deu concomitantemente. Portanto, nas situações de premoriência ou comoriência, faltará capacidade sucessória ao cônjuge supérstite e herança alguma lhe será deferida.

Se eventualmente o casal se encontrar separado judicialmente, poder-se-á cogitar de direito sucessório caso tenham os consortes, antes de verificado o falecimento de qualquer deles, reconciliado-se legal e juridicamente e não apenas de fato, mediante ato regular praticado em juízo, em conformidade com o artigo 1.577 do Código Civil.

Em ocorrendo a reconciliação do casal antes do falecimento de qualquer deles, o cônjuge sobrevivente ostentará a qualidade de herdeiro e, em tal condição, caso houvesse possíveis descendentes ou ascendentes, com eles concorreria na herança.

Entretanto, se os cônjuges reconciliaram apenas de fato, mas sem praticarem o respectivo e necessário ato regular em juízo, serão eles reputados legalmente como companheiros e a sucessão será regida de acordo com o disposto no artigo 1.790 do Código Civil. Tal medida se dá porque entre eles restará configurada inequívoca união estável.

Importante questionamento a ser feito é: se o cônjuge sobrevivente estiver separado de fato há menos de dois anos e o autor da herança tiver deixado eventual companheiro, a quem caberá suceder em seus bens?

Apesar de inúmeras discrepâncias interpretativas a respeito da matéria, deve-se compreender que a totalidade da herança há de ser deferida ao cônjuge sobrevivente, nada competindo ao companheiro remanescente a título de direitos sucessórios.

O pretenso companheiro, em verdade técnica e legalmente, não se qualificaria como tal. Inexistiria, em ocorrendo tal hipótese, a configuração da união estável, afastando-se o nascimento de qualquer direito sucessório em relação ao companheiro supérstite. A assertiva tem fundamento na Constituição Federal posto que, apesar da previsão contida no artigo 1.723, §1º do Código Civil, referido dispositivo padece de flagrante inconstitucionalidade, violando a inteligência do comando esculpido no artigo 226, §3º da Constituição Federal.

Com efeito, o artigo supracitado preconiza que “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.” O texto constitucional é claro no sentido de reconhecer e proteger a união estável como entidade familiar, ou seja, aquele relacionamento afetivo duradouro, socialmente público e notório, mantido com intuito de formar família.

A proteção conferida pelo Estado à união estável é feita com escopo precípua de tutelar a entidade familiar e de facilitar sua conversão em casamento. É elementar que a pessoa casada, mas separada de fato, está proibida de convolar novas núpcias (artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil), porquanto presente o vínculo matrimonial que une os consortes legalmente, visto que o vínculo apenas se extingue com a morte ou com o divórcio. O mesmo se dá com a pessoa separada judicialmente também impedida pela lei de celebrar casamento.

O relacionamento mantido pelo separado de fato com outra pessoa, portanto, não consubstancia união estável. Trata-se de concubinato impuro (artigo 1.727 do Código Civil), tendo em vista o impedimento legal de sua conversão em casamento, já que um dos companheiros ostenta, nos termos da lei, o estado civil de casado.

2.3.5.5 Cônjuge casado sob regime da comunhão parcial de bens

Resguarda-se ao cônjuge sobrevivente, que tenha sido casado com o falecido sob o regime da comunhão parcial de bens, o direito de receber uma parcela da herança, desde que o morto tenha deixado bens particulares, vale dizer, aqueles bens que a lei considera incomunicáveis (artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil).

Assim disciplina o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil:

I-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.1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...] (Grifo Nosso).

Segundo o inciso I do artigo 1.829, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes na sucessão de seu consorte. Nesta hipótese, o Código Civil estabelece mais um requisito para compor o direito hereditário do cônjuge: trata-se do exame do regime de bens do matrimônio.

Assim, nota-se que, por meio da leitura do inciso I do artigo 1.829, o cônjuge supérstite terá direito a concorrer com os descendentes do falecido, tendo o autor da herança deixado bens particulares, se casado for pelo regime da comunhão parcial de bens, pelo regime da participação final dos aquestos e, ainda, pelo regime da separação convencional de bens.

Verifica-se, portanto, que o cônjuge é afastado da sucessão quando, em virtude do regime de bens, já tem proteção patrimonial por força da meação. De acordo com as lições de Miguel Reale:

Desnecessário recordar que anteriormente prevalecia o regime da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro. Tendo já a metade do patrimônio, ficava excluída a ideia de herança. Mas, desde o momento em que passamos do regime da comunhão universal para o regime parcial de bens com comunhão de aquestos, a situação mudou completamente. Seria injusto que o cônjuge somente participasse

daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio e ser objeto da sucessão.⁷⁷.

O cônjuge não herdará, juntamente com os descendentes, se o regime de bens do casamento era aquele da separação obrigatória. Com efeito, em algumas hipóteses, a lei impõe obrigatoriamente o regime da separação do matrimônio, como sanção em virtude da inobservância de uma das causas suspensivas na celebração do casamento (artigo 1.641, inciso I, do Código Civil), ou como medida de proteção para aqueles que celebram o matrimônio já em idade avançada e para os que fazem dependendo de suprimento judicial (artigo 1.641, inciso II e III, do Código Civil).

A maneira pela qual o inciso supra fora redigido causa uma grande controvérsia no mundo jurídico, uma vez que, em tendo o falecido deixado bens particulares, o cônjuge supérstite concorreria com os descendentes apenas sobre tais bens particulares ou sobre a totalidade da herança (meação e bens particulares)?

Diversas controvérsias surgiram diante da disposição contida no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil. A doutrina atual se divide, e, com fortes fundamentos, as correntes divergentes sustentam as posições.

A discussão é relevante, pois de um lado temos aqueles que defendem que a sucessão do cônjuge deve incidir apenas sobre os bens particulares, uma vez que o espírito do inciso I do artigo 1.829 foi afastar o cônjuge meeiro da sucessão. De outro lado, porém, está a posição que defende a técnica do Direito Sucessório, tendo em vista que, sendo a herança uma universalidade de direito que é transmitida como um todo unitário aos sucessores (artigo 1.791 do Código Civil), só poderão existir sucessores especiais se o legislador assim determinar de forma expressa.

No entender de Maria Helena Diniz,

O consorte sobrevivente, por força do artigo 1.829, inciso I, só poderá ser casado sob regime separação convencional de bens, de participação final dos aquestos ou de comunhão parcial, embora sua participação

⁷⁷ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Revista dos Tribunais, 1998. v.752, p.22-30.

incida sobre todo o acervo hereditário e não somente sobre os bens particulares do de cujus.⁷⁸

Isto porque, em seu entender, com o falecimento do cônjuge, a herança, por força do artigo 80, inciso II, do Código Civil, enquanto sucessão aberta, é considerada imóvel por disposição legal, não havendo o que se falar em divisão de acervos hereditários correspondente a bens amealhados e bens particulares do autor da herança.

Assim, esses bens encontram-se em verdadeiro condomínio forçado, apenas deixando tal caráter com a partilha final, e como não há meios de distinguir o direito do cônjuge de receber parte do acervo apenas relativamente aos bens particulares, tem ele direito sobre à totalidade do acervo mediante a aplicação do artigo 1.832 do Código Civil.

José de Oliveira Ascensão ensina que:

É importante acentuar que as situações componentes da herança são sujeitas a estas vicissitudes não como uma soma, mas como um todo, mantendo os laços de recíproca dependência. A lei prevê encargos que recaem sobre a herança como um todo, garantindo ao direito sobre esta expansão no caso desses encargos se extinguirem. Por aqui se vê que, mesmo na alienação da herança, os vários elementos são considerados como um complexo unitário, mantendo as suas ligações e potencialidades. Sempre há, pois, tratamento unitário e não só tratamento colectivo.⁷⁹

A concorrente doutrinaria contrária, por sua vez, entende que o cônjuge supérstite somente herdará sobre tais bens na hipótese de existência de bens particulares deixados pelo falecido. Isso pois, em relação aos bens comuns, o consorte já retirou sua meação, não sendo adequado que participe duas vezes do mesmo acervo patrimonial. Parece assim ilógico que o legislador estabeleça tal determinação, haja vista que o cônjuge nada levaria se o regime fosse o da comunhão universal de bens, ou parcial sem que

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6, p.112.

⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil das sucessões*. 5.ed. Coimbra: Coimbra , 2000, p.507.

existissem

bens

particulares.

Para Euclides de Oliveira,

Mais adequado e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com descendentes ocorre apenas quando, no casamento sob o regime da comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre estes, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, da mesma forma como se dá no regime da separação convencional de bens. Não teria sentido atribuir ao cônjuge aquinhado com a meação participação na herança sobre todos os bens, pois então receberia mais do que se tivesse casado no regime da comunhão universal. Por isso o entendimento que, predomina na doutrina, beneficia o cônjuge tão somente sobre os bens particulares, exatamente como seria se casado fosse no regime da separação convencional de bens já que, sobre esses mesmos bens, não lhe assiste o direito de meação.⁸⁰

De acordo com Mário Luiz Delgado Régis, ao sustentar seu posicionamento, no tocante à concorrência do consorte sobrevivente apenas no que tange aos bens particulares deixados pelo falecido, justifica seu entendimento da seguinte forma:

(i) se a *ratio essendi* da proteção sucessória do cônjuge foi exatamente privilegiar aqueles desprovidos de meação, a concorrência sobre todo o acervo iria de encontro à própria *mens legis*. O intérprete que assim procede despreza a vontade do legislador, a qual, independentemente da eterna polêmica entre *mens legis* e *mens legislatoris*, sempre constituirá critério válido para se penetrar no sentido e alcance de qualquer norma jurídica. Por outro lado, ao privilegiar quem já era detentor de meação, em detrimento das gerações futuras do autor da herança, representadas pelos seus descendentes, deixa-se de atender ao princípio da socialidade.

(ii) assegurar a concorrência sobre a totalidade da herança de acordo com a existência ou não de bens particulares pode dar ensejo a fraudes, como na hipótese em que o cônjuge moribundo recebe doação de um determinado bem (artigo 1.659, I) feita por suposto amigo, na verdade amante de sua esposa, com o único objetivo de

⁸⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.108.

assegurar a concorrência daquela sobre os bens integrantes da meação do marido. Admitir tal possibilidade implicaria em violação ao princípio da eticidade.

(iii) a interpretação de que a existência de qualquer bem particular assegura o direito de concorrência ao acervo total retira do dispositivo qualquer sentido prático. Afinal de contas, que pessoa conhecemos que não possuiria sequer um único bem particular, ainda que sejam aqueles de uso pessoal (art.1.659, V). Partindo do pressuposto que não se poderia condicionar a natureza jurídica dos bens particulares ao valor dos mesmos, podemos concluir que os trapos usados pelo mendigo são bens particulares tanto quanto o vestido Chanel de rica senhora. Sendo assim, o dispositivo constituiria letra morta, pois os casados sob regime da comunhão parcial concorreriam com os descendentes em qualquer situação. Ora, tal interpretação também vulnera o princípio da operabilidade.

(iv) o princípio da unidade da herança não pode ser visto como dogma, nem o seu rompimento pelo disposto na parte final do inciso I do art. 1.829 implica em qualquer prejuízo ao sistema. Trata-se (o inc. I) de exceção ao princípio da unidade, à semelhança do que existe em diversos outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do argentino.⁸¹

A questão também foi discutida no âmbito da III Jornada de Direito Civil, quando foi aprovado o enunciado 270, na esteira da posição que defende a sucessão do cônjuge apenas sobre os bens particulares, *in verbis*:

270- Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Depreende-se que a intenção do legislador foi, de fato, permitir ao cônjuge sobrevivente concorrer com os descendentes do falecido nas situações em que lhe não haverá

⁸¹ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.29, 2005. v.7, p.209-210.

meação, de modo a protegê-lo com a entrega de determinada parcela da herança de seu consorte. Essa vontade do legislador, entretanto, não pode ser confundida com a vontade da lei posta.

Verifica-se que o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil não faz qualquer referência a respeito de quais bens haverá de incidir a quota hereditária do cônjuge supérstite, devendo-se ter por certo que tal recairá sobre a herança do falecido – um único todo e indivisível.

Não se pode admitir que seja estabelecida uma distinção acerca de quais bens o cônjuge herdará, já que inexistente qualquer exceção no dispositivo legal. Além disso, ao se endossar o entendimento de que a participação do cônjuge sobrevivente se restringe aos bens particulares do falecido, cria-se repudiável anomalia sistêmica, principalmente quando os direitos sucessórios do companheiro tornam-se parâmetro comparativo (artigo 1.790 do Código Civil).

Não se pode esquecer que, em matéria sucessória, vigora o princípio da unidade sucessória. Por essa razão, a herança deve ser compreendida como um todo unitário, não sendo possível a divisão entre bens particulares ou patrimônio comum, a menos que sirva de critério para selecionar se o cônjuge terá direito sucessório, como fez o legislador no artigo 1.829 do Código Civil.

Nessa esteira de raciocínio, Roberto Senise Lisboa afirma que:

(...) não há razão para adotar-se uma interpretação que suprime o direito do cônjuge sobrevivente concorrer à toda a sucessão, se casado em comunhão parcial de bens. A lei podia ter esse sentido original, porém felizmente nada menciona expressamente que conduza o interprete à conclusão inexorável de sucessão em prol do cônjuge limitada ao bem particular em si. Senão, estabelecer-se-ia um regime bastante inferiorizado e odioso, que desprivilegia de forma desmedida o cônjuge, em contraste com o direito sucessório do convivente. Ou seja: cria-se uma apologia à união estável e uma desmoralização do casamento civil que não encontra qualquer guarida constitucional.

O ideal, sem dúvida, seria a modificação legislativa do artigo 1.829, se inciso I, do CC diante da atual formulação da sucessão em prol do convivente constante do art. 1.790, a fim de se estabelecer um regime jurídico sucessório semelhante para ele e para o cônjuge. Enquanto

isso não ocorre, a interpretação não pode ser feita pura e simplesmente ao arrepio da lei.⁸².

Francisco Cahali se manifesta nos seguintes termos:

“Talvez a intenção do legislador tenha sido dar ao cônjuge uma participação sucessória sobre os bens nos quais não terá meação pelo regime de bens adotado no casamento. Porém, como apresentado no texto, sem referência a esta incidência da herança apenas sobre o acervo individual, temos para nós que a regra estabelece um critério de convocação, se preenchidos os seus requisitos, para concorrer na universalidade do acervo. Aliás, entendimento diverso levaria a uma significativa vantagem à sucessão decorrente da união estável, pois nesta se defere ao viúvo o quinhão sobre bens já integrantes de eventual meação. E, na maioria das vezes, a parcela significativa do acervo hereditário forma-se exatamente na constância do casamento ou da união.”⁸³.

A redação do artigo 1.829 do Código Civil, apesar de defeituosa, mal redigida e sem técnica legislativa, não fala em delimitar a incidência da participação apenas sobre os bens particulares, devendo ser compreendida pelo intérprete no sentido de que o cônjuge sobrevivente, em deixando o seu finado consorte bens particulares, concorrerá com os descendentes sobre toda a herança, composta pela antiga meação do morto e pelos bens particulares.

2.3.5.6 Cônjuge casado sob regime da separação convencional de bens

O casamento pode ser celebrado sob regime da separação de bens. Nesse caso, não há aquestos pois existem apenas os bens particulares dos cônjuges. De acordo com Silvio Rodrigues, nesse regime “os cônjuges conservam não apenas o domínio e a

⁸² LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: Direito de família e sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.5, p.469.

⁸³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: direito das Sucessões*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003. v.6, p.213.

administração e disponibilidade de seus bens presentes e futuros, como também a responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento”⁸⁴.

O regime em comento pode ser celebrado por convenção dos nubentes mediante pacto antenupcial, que será denominado de separação convencional, como também por imposição legal (artigos 1.523 e 1.641 do Código Civil), hipótese que adquire caráter compulsório, sendo por isso chamada de separação obrigatória de bens.

Importante destacar que, na separação absoluta, não há comunhão do patrimônio em respeito à autonomia de vontade dos contraentes, que definiram uma total incomunicabilidade de bens no contrato pré-nupcial. Contudo, é possível que, mesmo nesse caso, venha a se constituir, durante o casamento, uma sociedade de fato entre os cônjuges, em razão de esforços econômicos para a aquisição de um determinado bem, que será considerado comum em decorrência dessa efetiva contribuição material do casal – ainda que o bem tenha sido adquirido em nome de um só dos cônjuges.

Assim, apesar do regime de separação, se ambos contribuíram com suas economias ou com seu trabalho para a compra de um bem, como forma de evitar o enriquecimento ilícito, considera-se que o mesmo pertencente a ambos, na proporção da contribuição de cada consorte. Em casos como esse, não se pode dizer que houve subversão do regime matrimonial de bens adotado pelos cônjuges, pois não há, nessa situação, comunhão de aquestos, vez que não estão incidindo regras de direito de família, mas sim do direito das obrigações, tendo em consideração a conjugação de esforços do casal em vista da consecução de um interesse comum.

No tocante ao regime da separação de bens, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão em direção contrária à letra expressa da lei, entendendo que não há concorrência sucessória nesse caso, fazendo conjugação dos artigos 1.687 e 1.829, inciso I, do Código Civil. Declarou-se que:

[...] se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado

⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*, 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.6, p.190.

testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.⁸⁵

Segundo Miguel Reale e Judith Martins-Costa, nessas hipóteses, é de se afastar a sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes, pois, se os cônjuges escolheram o regime da separação de bens, não haveria razão para determinar a comunicação dos patrimônios após a morte.

Argumentam ainda que a redação infeliz do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil:

Acabou por não ensejar que restasse expressa no texto legal a exclusão, no rol dos herdeiros necessários, daqueles casados voluntariamente pelo regime da separação total, deixando de fora somente os que casaram com separação total por imposição legal.⁸⁶

A incomunicabilidade de patrimônios não deixa de ser pressuposto do regime da separação de bens apenas porque o cônjuge nessa hipótese é herdeiro necessário. A sucessão *causa mortis* não tem o condão de tornar comuns patrimônios separados, estabelecendo a divisão da herança consoante a ordem de vocação hereditária – que contempla o cônjuge sobrevivente exatamente porque este mantém como falecido estreito vínculo de solidariedade.

Além disso, a condição de herdeiro necessário do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens, quando em concorrência com os descendentes, não fere o princípio da liberdade já que não se pode dizer que todos aqueles que se casam por dito regime matrimonial pretendem que o seu consorte seja excluído da sucessão hereditária.

⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça – Resp. nº 992.749/MS- Rel. Min. Nancy Andrighi – j. em 01.12.2009- DJ 05 fev. 2010.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2005. v. 24, p. 205-230.

Colaciona-se as ementas proferida pelos Tribunais Estaduais:

Agravo de Instrumento. Direito Civil. Inventário. Sucessão Legítima. Cônjuge Supérstite. Regime patrimonial adotado entre a autora da herança e o cônjuge. Separação convencional de bens. Bens particulares da extinta. Concorrência da supérstite com herdeira necessária (genitora). Regime matrimonial. Irrelevância, matéria reservada ao direito de família, porquanto não subsistente o regime legal da separação total de bens. Sucessão. Regulação própria. Princípio da especificidade. Bens comuns. Inexistência. Meação. Não ocorrência. Ordem de sucessão hereditária. Concorrência entre o cônjuge sobrevivente e a herdeira necessária da extinta.

1. Como é cediço, os regimes civis de bens são afetos ao direito de família e regulam situações ocorrentes no ambiente da relação matrimonial e da sua dissolução ainda em vida dos cônjuges, não possuindo incidência, em razão da sua especificidade, sobre aspectos regulados pelo direito sucessório, que é pautado por normas de ordem pública, que não podem ser amalgamadas com convenções privadas disponíveis às partes.

2. O regime patrimonial de bens disposto livremente pelas partes no âmbito do casamento, que excluiu a hipótese de separação obrigatória de bens, não tem ultratividade volvida a regular a sucessão do cônjuge que vem a óbito na constância da sociedade matrimonial, somente dispondo da comunicação ou incomunicabilidade do patrimônio de cada cônjuge no ambiente da vigência da sociedade conjugal e da sua dissolução em vida dos consortes.

3. A interpretação teleológica da regulação inserta no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil em cotejo com as demais disposições atinentes à sucessão e com o princípio segundo o qual “quem meia não herda, quem herda não meia”, resulta na apreensão de que, na ordem de vocação hereditária nomeada, somente compreende o cônjuge como herdeiro nas situações em que não é meeiro e não fora excluído da sucessão, ou seja, quando o sobrevivente é meeiro não herda em concorrência (salvo a hipótese de não subsistirem herdeiros necessários), daí porque alcança apenas os bens particulares do extinto, ou seja, o supérstite somente herda quando não tem meação, pois insustentável que lhe seja assegurada a condição de herdeiro e meeiro.

4. Afigurando-se inviável a extensão das normas positivadas no âmbito do direito de família para incidência no direito sucessório, notadamente quando o legislador conferira expressamente a condição de herdeiro necessário ao cônjuge sobrevivente em concorrência com os ascendentes do *de cujus*, não estabelecendo qualquer ressalva relativamente ao regime de bens adotado ao casamento, salvo a hipótese de separação obrigatória, o cônjuge supérstite, no regime da separação convencional de bens, assume a condição de herdeiro do consorte falecido, em concorrência com os herdeiros necessários, quanto aos bens particulares legados (CC, art. 1.829, I).

5. Emergindo da interpretação teleológica do art. 1.829 do Código Civil a apreensão de que a ordem de sucessão hereditária somente

compreende o cônjuge como herdeiro nas situações em que não é meeiro e não fora excluído da sucessão, ou seja, quando o sobrevivente é meeiro não herda em concorrência, salvo a hipótese de não subsistirem herdeiros necessários, inexorável que, falecida a esposa, o varão concorre na sucessão com a herdeira necessária da extinta em razão de o regime matrimonial que pautara o enlace ter sido o da separação convencional de bens.

6. Agravo regimental conhecido e desprovido. Unânime (Agravo de Instrumento nº 0003467-59.2016.8.07.0000, 1ª Turma Cível, Des. Teófilo Caetano, TJDF).

Agravo de Instrumento. Ação de Inventário. Pacto Antenupcial. Separação Total de Bens. Código Civil de 1916. Sucessão Legítima. Óbito. Vigência do Código Civil de 2002. Concorrência do ascendente e do cônjuge. Artigo 1.837 CC/02

O direito sucessório segue a lei vigência da data do óbito. A teor do que dispõe o artigo 1.837 do Código a sucessão legítima é deferida aos ascendentes em concorrência com o cônjuge, independentemente do regime de bens, razão pela qual pode o viúvo ser inventariante. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.15.051365.3/001, 8ª Câmara Cível, Desa. Ângela de Lourdes Rodrigues, TJMG).

Civil. Direito das Sucessões. Cônjuge. Herdeiro necessário. Art. 1.845 do CC. Regime de bens. Concorrência com descendente. Possibilidade. Art. 1829, I, do CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido. (REsp 1.382.170/SP, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Seção, julgado em 22.04.2015, DJe 26.05.2015).

Sucessão. Separação convencionada de bens. Viúva. Herança. Art.1.829, I, do CC. Possibilidade.

1. Segundo o art. 1.829, I, do Código Civil, o cônjuge casado sob o regime de separação convencional possui a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, para que lhe seja garantido o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.

2. Segundo precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial. 3. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2015002010754, Rel. Maria de Lourdes Abreu, Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, p. 14.08.2015).

2.3.5.7 Cônjuge casado sob regime da participação final dos aquestos

O regime da participação final dos aquestos é um regime híbrido em que há formação de massas de bens particulares, incomunicáveis durante a vigência do casamento, mas que se tornam comuns no momento de sua dissolução. Assim, na constância do matrimônio, os cônjuges têm a expectativa de direito à meação, adquirido, onerosamente, durante a vida conjugal.

Pode se dizer que esse regime é uma mescla entre o regime da separação de bens durante o casamento e o regime da comunhão parcial quando da dissolução da sociedade, diferença essa que se dará no momento da liquidação desses direitos.

Todavia, tal regime não se confunde com o de separação de bens propriamente dito: na separação de bens, a dispensa de outorga para alienação dos bens imóveis decorre do texto legal (artigo 1.647, inciso I, do Código Civil), ao contrário do regime de participação final nos aquestos, que exige cláusula expressa constante de pacto antenupcial, convencionando a livre disposição dos imóveis particulares (artigo 1.656 do Código Civil).

Sobre o regime em comento, João Baptista Vilella diz:

A participação final nos aquestos pretende ser a síntese conciliativa de dois valores antagônicos na organização patrimonial do casamento. De um lado, que incorporar os ideais do regime da comunhão, que, além de expressar a unidade de vidas do casal, assegura aos cônjuges mútua proteção econômica. De outro lado, não deseja abrir mão da maior autonomia conjugal e das comodidades que conferem os regimes separatórios. Por isso, ao mesmo tempo que define uma participação de cada cônjuge nos incrementos patrimoniais do outro, evita – ao menos em sua força pura – a constituição de qualquer massa comum de bens.

Esse caráter híbrido – a síntese entre duas direções opostas – é uma constante nas descrições do regime.⁸⁷

⁸⁷ VILLELLA, João Baptista. *Natureza do regime de participação final nos aquestos e fins do casamento*. Belo Horizonte, 1974.

Nota-se que o regime de participação final nos aquestos possui o intuito de aliar as vantagens da comunhão à separação. Porém, é de se ressaltar que sua regulamentação, deveras complexa na fase de liquidação, acaba por realizar exatamente o inverso, unindo os inconvenientes de um aos do outro regime.

O artigo 1.685 do Código Civil estabelece que:

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.

O regime da participação final nos aquestos é, na realidade, um contrato patrimonial em estado latente que cria vida com a separação judicial para transformar o primitivo regime da total separação de bens em um regime de comunicação de aquestos – equivalente a uma comunhão limitada de bens desencadeada pela separação judicial dos cônjuges.

Na comunhão parcial, o cônjuge casado que fica viúvo receberá, em concurso hereditário com os descendentes ou ascendentes do sucedido, uma quota dos bens particulares do falecido, mas, aparentemente, não irá receber nada de herança se o casamento for realizado pelo regime da participação final de aquestos, pois, dissolvido o casamento pelo evento morte, o regime, que era de total separação de bens, se transforma em comunhão parcial.

Transformando-se em comunhão parcial, são aquestos todos os bens adquiridos onerosamente durante o casamento, ingressando na meação, mas sem se comunicar no direito sucessório, já que o regime não foi lembrado no artigo 1.829, inciso I, do novo Código Civil.

Assim, tudo leva a crer que o cônjuge viúvo recebe só por meação e não por herança: recebe como meação se for entendido que a morte e o divórcio, ao lado da separação judicial, são os fatos que transformam o regime inicial de separação de bens em um regime de participação final nos aquestos.

2.3.5.8 Do Direito Real de Habitação

Manteve o Código Civil de 2002 o direito real de habitação no artigo 1.831, estendendo-o a qualquer regime de bens, até mesmo para o regime de separação legal.

De acordo com José Carlos Teixeira Giorgis, o direito real de habitação atribuído ao cônjuge sobrevivente:

[...]é sucessão anômala que derroga o princípio da unidade da sucessão e, como se trata de um legado *ex lege*, transmite-se ao cônjuge um direito real limitado quanto a objeto individualmente considerado, certo e determinado, separado do patrimônio hereditário para tal fim, caracterizando tipicamente uma sucessão a título singular.⁸⁸

Ressalta-se, porém, que, pela leitura do referido artigo, silenciou-se o legislador quanto a permanência da viuvez. O direito só existe enquanto viver o cônjuge, não sendo transmissível com a sua morte uma vez que se aplicam à habitação as disposições relativas ao usufruto nos termos do artigo 1.416 – sendo que o usufruto se extingue pela morte do titular do direito.

A doutrina majoritária defende que a permanência do estado de viuvez seja pressuposto imprescindível para o exercício do direito real de habitação, em face do caráter assistencial do instituto. Ademais, como nota Aldemiro Rezende Dantas Junior⁸⁹, pode-se entender o direito real de habitação como integrante de uma obrigação alimentar, que, por força do artigo 1.708, extinguir-se-ia com o novo casamento do credor.

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Zeno Veloso:

Não parece justo que ainda continue exercendo o direito real de habitação sobre o imóvel em que residia com o falecido, se veio

⁸⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. 2005. v.7, n.29, p.88-127.

⁸⁹ DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. Temas atuais de direito e processo de família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. p.578.

fundar nova família, mormente se o dito bem era o único daquela natureza existente no espólio. O interesse dos parentes do de cujus deve, também, ser observado. Enfim, o art. 1.831 do CC precisa ser modificado para prever que o direito personalíssimo do cônjuge sobrevivente, neste caso, é resolúvel, extinguindo-se, se a viúva ou o viúvo voltar a casar ou constituir união estável.⁹⁰.

Com o intuito de acabar com essa discussão, o projeto de Lei nº 6.069 de 2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, prevê a seguinte redação para o artigo 1.831:

Art. 1.831- Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, enquanto permanecer viúvo ou não constituir união estável, 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.

Outro ponto que merece comentários é o de a norma jurídica delimitar a atribuição do direito real de habitação desde que esse seja o único bem de tal natureza a integrar o acervo hereditário.

Essa imposição legal conduz à interpretação lógica de que, havendo o falecido deixado mais de um bem imóvel capaz de servir de moradia ao cônjuge sobrevivente, o direito real de habitação não se institui.

Sob esse aspecto, com a limitação do direito real de habitação, instituída em favor do cônjuge supérstite e de forma mais abrangente do que a imposta pela legislação revogada, manteve-se a incoerência anterior que pode deixar o cônjuge sobrevivente à deriva da sorte e da boa vontade dos herdeiros, na hipótese de constarem no acervo hereditário dois ou mais bens imóveis, não tendo o cônjuge direito a participação na herança.

José Luiz Gavião de Almeida ensina:

⁹⁰ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros, In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Para não chancelar extrema injustiça, que, no caso de existirem vários imóveis residenciais e nenhum deles de propriedade do cônjuge sobrevivente, não tem ele direito real de habitação sobre o imóvel que utilizava, porque nesse caso podem os herdeiros, por conveniência, exigir a mudança de domicílio do sobrevivente para outros dos imóveis residenciais que foram objeto da herança. A existência de outros imóveis residenciais não afasta o direito real de habitação, mas apenas o direito real de habitação sobre o bem que servia de moradia à família do falecido. Nesse caso, o imóvel ofertado em substituição não pode ser de conforto inferior. Deve-se garantir ao cônjuge sobrevivente a mesma situação que desfrutava em sua residência anterior.⁹¹.

O usufruto viual foi revogado pela nova legislação por absoluta falta de previsão, ademais, tendo o cônjuge sobrevivente direito à herança, ficou totalmente sem necessidade prática, da instituição dos direitos reais de uso ou usufruto.

A partir do momento em que se herda, em que se adquire o direito de propriedade sobre uma parte do acervo – direito este real de amplitude quase ilimitada –, torna-se desnecessária a herança de direitos reais limitados.

Nítido que o legislador teve o intuito de dar uma maior proteção ao cônjuge ao alça-lo à posição de herdeiro necessário, mantendo o instituto do direito real de habitação. Todavia, merece crítica a nova legislação ao atrelar a sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes e com o regime de bens do casamento, até porque ela mistura diversos institutos, o que traz consigo inseguranças jurídicas.

2.4 Exclusão do cônjuge supérstite da herança

Na sucessão legítima ou *ab intestato*, desde que satisfeitos os requisitos legais genéricos do artigo 1.830 do Código Civil, reconhece-se ao cônjuge sobrevivente o direito de receber uma quota da herança deixada pelo seu finado consorte, seja em concorrência com descendentes comuns ou exclusivos do morto, ou ainda com os seus ascendentes,

⁹¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima*: arts. 1.784 a 1.856. São Paulo: Atlas, 2003. v.18, p.220.

tudo recolhendo na falta das classes anteriores, conforme preconiza no artigo 1.829, incisos I a III, do Código Civil.

Na sucessão testamentária, sabe-se que o testador, possuindo herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes ou cônjuge supérstite (artigo 1.845 do Código Civil), somente poderá dispor livremente de metade de seus bens em testamento (artigo 1.789 do Código Civil), de maneira a respeitar a quota reservatária ou legitimária de referidos herdeiros legítimos necessários (artigo 1.846 do Código Civil), sob pena de redução das disposições testamentárias (artigo 1.967 do Código Civil). Assim, em não havendo descendentes nem ascendentes do autor da herança, mas tendo ele cônjuge sobrevivente, a este se resguardará, no mínimo, metade da deixa hereditária, respeitando a legítima. Nada impede que o testador, mesmo havendo descendentes ou ascendentes, destine parte ou o todo da sua quota disponível ao seu cônjuge supérstite.

Conquanto tenha o cônjuge sobrevivente assegurado o direito de receber uma quota parte ou a totalidade da herança deixada pelo *de cujus*, seja por força da sucessão legítima ou *ab intestato*, ou seja em decorrência de ter sido instituído herdeiro testamentário, existem algumas situações legais que podem determinar sua exclusão da herança. Tais situações serão vistas a seguir.

2.4.1 Da renúncia à herança

A renúncia é um ato jurídico unilateral, de natureza solene, pelo qual o sucessor do *de cujus* repudia a deixa hereditária, deixando assim de ser herdeiro legítimo ou testamentário. Renunciando-se à herança, inexistente transmissão de tal direito, ficando o abdicante excluído da sucessão. A renúncia retroage à data de abertura da sucessão, ou seja, efeito *ex tunc*, e o renunciante é tido como se nunca houvesse sido chamado a suceder.

Para ter validade e eficácia, a renúncia deve ser realizada mediante termo judicial ou por escritura pública, ambos os atos independentemente de homologação judicial, devendo o cônjuge sobrevivente estar em pleno gozo de sua capacidade de fato. Essa forma exigida para a renúncia é da substância do ato e não de sua mera comprovação. A renúncia

somente é possível depois de aberta a sucessão do *de cujus*, pois, caso prometida antes da morte, haveria a prática de pacto sucessório, o que é vedado por lei.

Se o cônjuge supérstite estiver acometido de doença capaz de ocasionar a sua incapacidade, a renúncia só poderá ser operada mediante autorização judicial com a devida apresentação de motivos justificáveis, ouvindo-se os representantes legais do consorte incapaz e o Ministério Público.

Apesar de se exigir não só a capacidade genérica, mas também a especial capacidade de alienar do consorte para que possa renunciar à herança, é possível que tal ato seja praticado por mandatário, desde que munido de poderes especiais (artigo 661, §1º, do Código Civil), pressupondo-se, evidentemente, que esteja o mandante com suas faculdades mentais e plenamente capaz de fato.

O artigo 1.808 do Código Civil dispõe: “Não se pode aceitar ou renunciar à herança em parte, sob condição ou a termo”. Ou seja, é inadmissível que o cônjuge ou qualquer outro herdeiro renuncie à herança mediante termo ou condição. Da mesma forma, é inoperante o ato de renúncia parcial da herança, haja vista que esta constitui um todo único e indivisível até a partilha de bens.

Sendo o cônjuge remanescente chamado a suceder na qualidade de sucessor universal e de sucessor singular simultaneamente, óbice algum há para que ele repudie a herança e aceite apenas o legado, ou vice-versa, podendo aceitar ou renunciar a ambos (artigo 1.808, §1º do Código Civil). O mesmo ocorrerá na hipótese de o cônjuge sobrevivente suceder na herança de seu falecido consorte sob distintos títulos sucessórios, ou seja, na qualidade de herdeiro legítimo e testamentário concomitantemente. Poderá ele renunciar à herança testamentária e aceitar apenas a legítima ou vice-versa, nada obstruindo que venha a ambas renunciar ou aceitar (artigo 1.808, §2º do Código Civil).

A renúncia pode ser própria, também conhecida como abdicativa (renúncia propriamente dita), ou imprópria, tratada também por translativa (*in favorem*). Ter-se-á a renúncia própria ou abdicativa quando, por força do ato de manifestação unilateral de repúdio à herança, esta for pura, simples e gratuitamente cedida a todos os coerdeiros sem qualquer distinção (artigo 1.805, §2º do Código Civil). É ínsita ao instituto da renúncia a sua natureza abdicativa, sendo que a quota renunciada pelo herdeiro sequer ingressa em seu patrimônio.

A renúncia imprópria ou translativa ocorre quando o herdeiro renuncia à herança em favor de determinada pessoa ou quando realiza a cessão de sua parte ideal, fazendo-a mediante a imposição de condições, cláusulas ou encargos.

Portanto, na renúncia translativa, existe uma dupla manifestação de vontade, pois primeiro se cristaliza a aceitação da herança, seguindo-se da sua ulterior doação, em benefício de alguém especificamente indicado. Percebe-se, destarte, que não se trata de ato inerente ao instituto da renúncia, antes equivalendo a evidente alienação.

A consequência prática e relevante da distinção realizada entre a renúncia abdicativa e a renúncia translativa diz respeito à incidência de tributação, tendo-se em conta a verificação dos fatos geradores em questão.

Enquanto na renúncia abdicativa o beneficiado com a herança terá de arcar única e exclusivamente com o pagamento de imposto de transmissão *causa mortis*, na renúncia translativa incidirá, além do citado imposto, também a exação decorrente de transmissão de bens por ato *inter vivos*.

2.4.2 Da indignidade do cônjuge

A indignidade é a pena civil imposta ao herdeiro (legítimo ou testamentário) ou ao legatário que tenha cometido quaisquer atos ofensivos contra a vida, a liberdade ou a honra do autor da herança ou de seus familiares, devidamente taxados em lei, de sorte a privá-los, respectivamente, de recolher a herança ou legado, excluindo-os da sucessão.

A exclusão da herança por indignidade, portanto, tem cabimento na sucessão legítima ou na sucessão testamentária e independe de qualquer manifestação exarada pelo falecido em vida.

O artigo 1.814 do Código Civil disciplina quais são as circunstâncias que autorizam a exclusão por indignidade. Trata-se de rol exaustivo (*numerus clausus*) e não meramente exemplificativo. E considerando que se trata de norma restritiva de direito, já que encerra a penalidade civil, não se poderá interpretá-la extensiva ou analogicamente.

Verificando as hipóteses permissivas da exclusão por indignidade, descritas no artigo 1.814 do Código Civil, infere-se que o cônjuge supérstite poderá ser privado do

recebimento da herança ou eventual legado nas situações a seguir: (i) se houver sido autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra o consorte falecido, seu companheiro, ascendente ou descendente; (ii) se houver acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; (iii) que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

A exclusão da herança por indignidade, entretanto, não ocorre de forma automática. Para que o herdeiro ou legatário seja afastado da sucessão, incluindo-se, por óbvio, o cônjuge sobrevivente, é indispensável que lhe seja assegurado o devido processo legal. Haverá o contraditório, possibilitando-se ao cônjuge sobrevivente o exercício da ampla defesa em processo apropriado. A indignidade deve ser proclamada por sentença judicial. Antes que se opere o trânsito em julgado, o herdeiro é considerado titular pleno da herança recolhida, podendo sobre ele exercer todos os direitos hereditários que lhes são conferidos por lei.

Declarando-se a indignidade por sentença transitada em julgado, a condição de herdeiro é desconstituída. Os efeitos da sentença de reconhecimento da indignidade retroagem à data da abertura da sucessão, ou seja, efeito *ex tunc*. Considera-se, pois, como que o herdeiro excluído nunca houvesse nada herdado desde o instante do falecimento do *de cuius*. A lei considera o indigno como se morte fosse antes da abertura da sucessão.

A eficácia *ex tunc* do reconhecimento judicial da indignidade, ao retroagir à data da abertura da sucessão, não poderá prejudicar direitos de terceiros de boa-fé que tenham adquirido onerosamente bens hereditários do cônjuge remanescente, antes do trânsito em julgado da sentença definitiva. É que o consorte sobrevivente, em tal situação, apresenta-se como herdeiro aparente perante terceiros, cuja boa-fé deve ser respeitada em nome da segurança nas relações jurídicas. Bem por isso, válida será a alienação praticada pelo cônjuge supérstite, produzindo a sentença, nesse tocante, efeitos *ex nunc*. Os demais herdeiros prejudicados poderão demandar perdas e danos do cônjuge que procedeu à alienação onerosa da herança (artigo 1.817 do Código Civil).

Importante destacar que os efeitos da sentença *ex tunc* são pessoais e os descendentes do herdeiro excluído sucedem pelo direito de representação, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão (artigo 1.816 do Código Civil).

Os legitimados para demandar a exclusão hereditária do cônjuge sobrevivente por indignidade são aqueles que demonstrarem interesse em recolher a parte da herança que a ele caberia. Trata-se, em regra, dos demais herdeiros ou legatários interessados na sucessão, assim como o Fisco na ausência de quaisquer sucessores legítimos ou testamentários. Os credores prejudicados com a inércia dos sucessores interessados também estão legitimados.

De acordo com o enunciado 116 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o Ministério Público goza de legitimidade para intentar demanda de exclusão do herdeiro ou legatário por indignidade, desde que presente o interesse público⁹².

A ação de exclusão por indignidade deve ser ajuizada no prazo decadencial de quatro anos, contado a partir da abertura da sucessão, ou seja, da morte do autor da herança. Trata-se de direito potestativo concebido aos interessados na sucessão, os quais têm o poder de colocar o cônjuge sobrevivente em verdadeiro estado de sujeição, subordinando-o a sofrer os efeitos do direito exercido, independentemente de ele ter malferido qualquer direito subjetivo dos demandantes.

2.4.3 Da deserdação do cônjuge

Deserdação é o ato pelo qual o autor da herança, mediante cláusula testamentária com declaração expressa da causa prevista em lei, afasta herdeiro necessário do recebimento da quota reservatária, privando-o, portanto, da legítima (artigos 1.961, 1.962 e 1.93 do Código Civil).

Conforme os artigos 1.962 e 1.963, a ofensa física deve ser dolosa e significa o desprezo e a ingratidão aos familiares. A exemplo: agressões, lesões corporais, etc.; injúria grave – como ataques ofensivos à honra, à dignidade, à reputação da pessoa –, desde que se constate intenção, sendo grava a ponto de se tornar intolerável o convívio

⁹² Enunciado 116. “Art. 1.815: O Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário.”

entre o lesado e o autor que praticou o ato; relações ilícitas – tanto com a madrasta/padrasto quanto com o genro/nora, caracteriza falta de respeito para com o ascendente/descendente –, em que se cria uma desarmonia no convívio familiar; e ,por fim, desamparo do ascendente ou descendente em alienação mental ou grave doença, na qual se verifica falta de solidariedade com o próximo.

Antônio Elias de Queiroga classifica a deserdação como: “ato pelo qual o autor da herança priva o herdeiro necessário de sua quota, excluindo-o da sucessão. É uma peculiaridade do nosso direito, seguindo a linha do direito espanhol e português.”⁹³.

Já Clóvis Beviláqua, em seus comentários do artigo 1.741, critica a deserdação, afirmando que:

É um instituto odioso e inútil. Odioso, porque imprime à última vontade do indivíduo a forma hostil de castigo, a expressão de cólera; e inútil porque os efeitos legais da indignidade são suficientes para privar da herança os que, realmente, não merecem.⁹⁴.

Por se tratar de manifestação do *de cuius*, se verifica por testamento, pois os motivos que ensejaram a exclusão são anteriores a morte do autor da herança. Deverão constar no testamento os motivos e os fundamentos da exclusão do herdeiro conforme alude o artigo 1.964 do Código Civil. O artigo 1.965 de Código Civil dispõe que as causas de exclusão por deserdação possuem o prazo de 04 (quatro anos) a partir da abertura do testamento.

Curiosamente, apesar do Código Civil de 2002 ter inserido o cônjuge no rol de herdeiros necessários, o mesmo não ocorreu na deserdação, pois, nos artigos que disciplinam sobre o instituto da deserdação, o cônjuge não está inserido. Frise-se não ser permitido estender-se ao consorte remanescente as hipóteses de deserdação resguardadas aos ascendentes e descendente, já que se trata de norma restritiva de direito, sendo inapta a comportar interpretação extensiva ou análoga. Assim, pode-se

⁹³ QUEIROGA, Antonio Elias de. Curso de Direito Civil: Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169.

⁹⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio, 1958, p.633.

concluir que o cônjuge só pode ser deserdado pelos motivos elencados no artigo 1.814 em razão de dicção do artigo 1.961, ambos do Código Civil.

2.5 Premoriência e comoriência

O sucessor, para que possa herdar, deve sobreviver ao sucedido, ainda que seja por mínimo lapso temporal, pois, do contrário, faltará legitimação para suceder.

Premoriência é a ocorrência da morte de uma pessoa que antecede ao falecimento do *de cuius*. Assim, o cônjuge somente desfrutará de direitos sucessórios em relação aos bens deixados pelo seu consorte defunto desde que a ele sobreviva, devendo, ademais, preencher os requisitos legais exigidos para a sua participação hereditária.

Comoriência é a presunção de simultaneidade do instante da morte entre duas ou mais pessoas, quando ao se puder averiguar, entre elas, quem primeiro alcançou o óbito. Nesse sentido, aliás, dispõe o artigo 8º do Código Civil: “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.”.

A premoriência e a comoriência são institutos de peculiar relevância no direito das sucessões, evidentemente quando a morte antessente ou simultânea for verificada entre pessoas que guardam possível vínculo sucessório entre si.

Em relação aos cônjuges, falecendo ambos na mesma ocasião, não se podendo aquilatar qual deles primeiro sucumbiu, pesará a presunção de falecimento simultâneo, de maneira que não ocorrerá a transmissão de herança entre eles. É importante destacar que para a configuração da comoriência não exige a legislação brasileira que a morte tenha sido verificada no mesmo local, apesar de assim ordinariamente ocorrer. O critério da presunção *juris tantum* da simultaneidade decorre da impossibilidade de constatação, após robusta perícia médico-legal, de se apurar quem primeiro faleceu.

3 Direitos sucessórios do companheiro

3.1 Evolução da união estável no direito brasileiro

Compreende-se que, iniciada a vida em sociedade, as relações entre os seres humanos tornaram-se mais complexas, carecendo, constantemente, de normas e de formas hierarquizadas capazes de garantir e respaldar a harmonia dos grupos, mormente frente às diversas transformações, sejam elas de cunho político, econômico, social, cultural ou, inclusive, tecnológico.

E, com isso, visualiza-se o processo de nascimento e evolução do organismo familiar, sendo que o elo psíquico constitui a estrutura fundante, capaz de dar a cada indivíduo uma função, um lugar seguro e definido no grupo social.

Conceituar família constitui uma das tarefas mais árduas que se possa assumir. Estudiosos, em diversos momentos e de diversas áreas, chegaram a seguinte certeza: a família é um termo polissêmico: designa tanto os indivíduos ligados pelo sangue e pela aliança, como a instituição que rege esses laços.

Isso realça que a família nuclear é aquela que abarca as pessoas unidas, em um mesmo espaço residencial, pelos laços do casamento e da filiação, seja ela sanguínea ou socioafetiva. E, ao se estender esses laços, alcança-se o grupo de parentes e aliados que não desfrutam a mesma residência, de modo a concebê-lo por parental.

A família é uma realidade em constantes mutações. Assim, a humanidade curva-se diante das diversas transformações e, com elas, do organismo familiar, sendo que este também deve se adequar ou simplesmente obedecer a certos critérios impostos ora pela necessidade ora pela decorrência dos acontecimentos.

No âmago de tal contexto, o jurista Jesualdo Eduardo Almeida Junior esclarece que:

Na realidade, o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo

gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico.

Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso.⁹⁵.

Percebe-se que a família é composta, transformada e sustentada como um organismo e, ao compará-la, por exemplo, ao organismo que é o corpo humano, vislumbra-se, *mutatis mutandi*, com clareza, que as mutações são certas no curso dos tempos.

Assim, frente as imensuráveis transformações que sofreram e sofrem o indivíduo e o seu organismo mantenedor, não pode a família hodierna permanecer atrelada a um modelo estanque, centrada em uniões eminentemente econômicas e reprodutoras, livre da expressão de afeto, solidariedade e comunhão de vida.

Especialmente a partir do século XX, como forma de compreender o desejo fático e a necessidade jurídica, para a construção de uma nova concepção da estrutura familiar, Sílvio de Salvo Venosa pontua as diversidades para tal construção:

Nesse alvorecer de mais um século, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civilizações do passado. Como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico.⁹⁶.

Nesse contexto, tem-se que a família tradicional, aqui entendida como aquela constituída pelo matrimônio, de forma patriarcal, hierarquizada e organizada sob o manto mítico e religioso, cedeu lugar para uma nova concepção de relacionamento.

⁹⁵ ALMEIDA ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A alterabilidade do nome dos filhos pelo descumprimento do poder familiar mútuo. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, 2004. v. 41. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42284>>. Acesso em: 28.08.2016.

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001.v.5.

Concepção essa marcada por um novo anseio, o qual não se deu por acaso ou mesmo em um único instante. Ao contrário, muitos foram os acontecimentos, como em um processo de catarse, que transformaram e floresceram sentimentos e necessidades para uma nova forma de se conviver e ser feliz, realizado como um todo.

A exposição dos contornos transformadores do organismo familiar, inclusive da realidade fática vivenciada pela família, além de apresentar o porquê da instauração de uma nova concepção epicêntrica e valorativa do ser humano florescida, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial, possibilita compreender os alicerces eleitos para se inaugurar uma nova realidade político-jurídica na sociedade brasileira.

A Constituição de 1988 elevou o homem ao epicentro de todas as relações, introduzindo, à guisa da Declaração Universal dos Direitos do Homem e de outras ordens constitucionais, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Com isso, há quase 28 anos e sem precedentes, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da ordem constitucional brasileira, que retrata com o reconhecimento de que o indivíduo constitui o objetivo central da ordem jurídica.

Por conseguinte, ao consagrar a pessoa humana como entidade de proteção irrestrita e integral, o ordenamento constitucional brasileiro estendeu tal proteção ao organismo familiar, já que sem este sequer existiria a sociedade.

Nesse contexto, o artigo 226 da Constituição da República proclamou: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”. No entanto, o texto foi além e rompeu com modelos constitucionais anteriores, buscando abandonar o paradigma tradicional e patriarcal de família.

Desse modo, ao acolher os anseios da sociedade civil na tutela das relações familiares, o legislador constituinte procurou alargar o conceito de família, contemplando uma nova concepção familiar, calcada na diversidade das entidades familiares.

Os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal denotam, com clareza, a diversidade na composição das novas formas de família, *in verbis*:

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

De forma explicativa, Washington de Barros Monteiro pontua a pluralidade de formas na constituição da família concebidas a partir de então:

O direito positivo conhece quatro espécies de grupos familiares: a) a entidade familiar criada pelo casamento; b) a entidade familiar decorrente da união estável entre homem e mulher; c) a família natural, ou comunidades familiares, formadas por ambos os genitores, ou apenas um deles, e seus descendentes; d) a família substitutiva, na qual a criança é colocada, na falta ou em lugar daquela em que nasceu para receber melhores condições de vida, e na qual passa a desempenhar integralmente papel de filho.⁹⁷.

A Constituição da República de 1988, ao buscar uma nova concepção familiar entre a diversidade ou pluralidade dos modelos familiares, consagrou como um dos modelos de entidade familiar o par integrante de uma união estável. Com isso, o tratamento constitucional revolucionou o ordenamento jurídico brasileiro no que tange a concepção de uma família, alicerçando juridicamente uma realidade há muito legitimada pela sociedade.

A partir de então, a antiquada nomenclatura e concepção de “concubinato puro” transformou-se em “união estável” e seus “protagonistas” em “companheiros” ou “conviventes”, como forma de eliminar quaisquer vestígios pejorativos e/ou discriminatórios.

Apesar das diversas divergências existentes em alguns aspectos da união estável, certo é que a Constituição da República de 1988 firmou marco louvável no contexto familiar contemporâneo.

⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: Direito das sucessões*. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.6.

3.2 A proteção sucessória do companheiro nas leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996

O Código Civil de 1916 não concedia direito sucessório aos concubinos. Os dispositivos legais que tratavam do concubinato proibiam expressamente que o testador casado beneficiasse em testamento sua concubina, seja nomeando-a herdeira ou beneficiando-a como legatária.

A finalidade era proteger a família legítima diante do concubinato, que era entendido como uma relação imoral que não deveria produzir efeitos jurídicos. E finalizava com o artigo 1.720, que dispunha serem nulas as disposições testamentárias em favor dos incapazes (concubina), ainda que as disposições simulassem a forma de contrato oneroso, ou beneficiassem os incapazes por interposta pessoa, ou seja, o pai, a mãe, os descendentes e o cônjuge do incapaz.

No que tange aos descendentes da concubina, se também esses fossem do concubino, era válida tal disposição. Nesse sentido, é o teor da Súmula 447 do Supremo Tribunal Federal: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina”.

A grande modificação no direito convivencial ocorreu com a Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar. Porém, em matéria sucessória, predominava o entendimento de que a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento, permanecendo os companheiros, ante a ausência de previsão legal, sem qualquer direito à herança do outro, reclamando-se com urgência uma lei ordinária para regulamentar tal questão.

Sobre o tema, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “a doutrina, à unanimidade, reconhece a inexistência do direito à sucessão legítima no período anterior à edição da lei 8.971/94”.⁹⁸.

Em 29 de dezembro de 1994, entrou em vigor a Lei nº 8.971/1994 que regulamentou o direito aos alimentos, à sucessão e à partilha de bens em face dos companheiros. Mas, para que os companheiros pudessem beneficiar-se dessa lei fazendo jus ao direito

⁹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

sucessório, mister se fazia a comprovação do estado civil de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, e um período mínimo de convivência de cinco anos ou a existência de filhos (artigo 1º).

O artigo 2º concedeu ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituísse nova união, o direito ao usufruto: (i) de um quarto dos bens se o falecido tiver deixado filhos comuns ou exclusivos; (ii) e de metade dos bens, se, na falta dos descendentes, houvesse deixado os ascendentes. Na falta de descendentes e ascendentes, tinha direito à totalidade da herança (artigo 2º, inciso III).

Como explica Eduardo de Oliveira Leite, era uma sucessão na modalidade de usufruto “porque condicionada a que o beneficiário permanecesse viúvo, daí chamar-se usufruto vidual”⁹⁹. Para Ney de Mello Almada, esse usufruto tem natureza jurídica de um legado legal, ou melhor, trata-se de um “legado legal por via sucessória”¹⁰⁰.

Quando os bens deixados pelo autor da herança resultavam de atividade em que havia colaboração do companheiro, teria o sobrevivente direito à metade dos bens (art. 3º; “Quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do (a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens”). Esse direito correspondia à meação, e não à herança. Ou seja, nesse caso não havia transmissão de herança, pois a metade ideal dos bens já pertencia ao companheiro vivo por direito próprio. O supérstite recebia metade dos adquiridos pelo esforço comum durante a união estável. Isso porque “pertence ao sobrevivente não em virtude do falecimento do ex-consorte, mas sim por direito de propriedade mantido em comunhão durante a constância do companheirismo”¹⁰¹.

Adverte Álvaro Villaça Azevedo, nos termos do artigo 3º da lei em comento, falecendo o companheiro e deixando herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), teria o

⁹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. XXI

¹⁰⁰ ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões: Legítima, testamentária, inventários e partilhas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

¹⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

sobrevivente “direito a metade do que ajudou a adquirir, salvo estipulação escrita, em contrário”¹⁰².

Cumprе ressaltar que com o advento da Lei nº 8.971/94, o companheiro passou a ser protegido pela legislação ordinária, obtendo alguns direitos sucessórios semelhantes ao cônjuge.

Publicada em 10 de maio de 1996, a Lei nº 9.278/96 regulamentou o parágrafo terceiro, do artigo 226 da Constituição Federal, passando a reconhecer como entidade familiar a união estável com os seguintes requisitos: “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Embora não houvesse disposição expressa, a lei cuidava apenas da união de fato pura, ou seja, não admitia uniões adulterinas ou incestuosas.

No que diz respeito ao patrimônio, o artigo 5º da referida lei¹⁰³ inovou ao dispor da presunção de condomínio sobre o patrimônio adquirido a título oneroso por um ou ambos companheiros. Entretanto, o disposto nesse artigo já era o entendimento do Judiciário, conforme dispõe a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴.

Essa presunção é relativa, como ressalva Euclides Benedito de Oliveira, pois o condomínio se exclui por estipulação contratual em contrário, podendo haver a hipótese de o bem ter sido adquirido com o produto da venda de outros adquiridos anteriormente à união. Fora dessa ressalva, a “presunção de colaboração torna-se absoluta, dispensando prova de esforço comum na formação do patrimônio durante a convivência e não admitindo prova em contrário, tal como se dá, por assemelhação, com o regime de comunhão de bens dos casados”¹⁰⁵.

¹⁰² AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo Código Civil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

¹⁰³ “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

¹⁰⁴ “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável: do concubinato ao casamento*. Antes e depois do novo Código Civil. 6.ed. São Paulo: Método, 2003.

O artigo 7º prevê a prestação de alimentos em hipótese de dissolução da união estável. Essa obrigação deve ser cumprida pelo companheiro, culpado ao inocente, quando demonstrada a necessidade de recebê-los.

O parágrafo único do artigo 7º acrescentou o direito real de habitação na união estável como direito sucessório, na forma do disposto nesse parágrafo: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. Ou seja, no caso de morte de um dos conviventes, enquanto o sobrevivente não constituir nova união ou casamento, estará assegurado o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado a residência da família.

Contudo, é de bom alvitre observar que a Lei nº 9.278/96 não revogou a Lei nº 8.971/94, ocorrendo, por isso, a vigência concomitante do Código Civil com as leis supramencionadas. Elas coexistem com esse diploma, assim como não ocorre conflito e sim revogação parcial entre elas (Leis nº 8.971/94 e 9.278/96). Em vista disso, certo é que alguns artigos entraram em conflito, o que caracteriza a revogação tácita dos mesmos.

Corroborando a tese, Orlando Gomes afirmou que “só haverá revogação implícita de dispositivos da Lei nº 8.971/94 quando a sua matéria tiver sido tratada de forma diferente pela Lei nº 9.278/96”¹⁰⁶. Argumentou o autor que, para as uniões extintas antes de 10.05.1996, data que entrou em vigor a Lei nº 9.278, a regra a observa seria a Lei nº 8.971/94. Para as uniões que se encerraram posteriormente, seriam aplicadas as duas leis, uma vez que ambas estão em vigor e a mais recente não revogou por inteiro a anterior.

Nesse sentido, Álvaro Villaça Azevedo também sustenta que houve revogação parcial da Lei nº 8.971/94 pela Lei nº 9.278/96, visto que a primeira foi modificada parcial e tacitamente pela segunda, no tocante aos alimentos entre os conviventes¹⁰⁷.

¹⁰⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁰⁷ AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo Código Civil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Entretanto, há opiniões diversas em relação à revogação das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96. Segundo Nicolau Eládio Bassalo Crispino¹⁰⁸, as referidas leis foram revogadas pelo atual Código Civil.

Salvo melhor juízo, discordamos quanto à revogabilidade das leis supramencionadas, haja vista sua aplicação parcial bem como sua perfeita harmonia com o Código Civil.

Diante do conflito de normas, segundo Maria Helena Diniz¹⁰⁹, trata-se de antinomia de segundo grau, ou seja, um conflito de uma norma anterior especial e norma posterior geral. Tal conflito gera antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valendo, assim, o metacritério, ou seja, lei geral posterior não derroga lei especial anterior – não há valor absoluto, uma vez que a lei posterior geral derroga lei especial, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Ocorre que a preferência entre um critério e outro não é evidente pois se constata uma oscilação entre eles.

Não há regra definida. Dada a situação, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério. Na dúvida, surgirá uma antinomia real de segundo grau ou lacuna de conflito, que só poderá ser solucionada pelos critérios apontados pelos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Com isso, pode se afirmar que o conflito das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 com o atual Código Civil decorre do princípio de que a lei posterior geral não revoga lei anterior especial, a menos que expressamente o declare, que contenha dispositivos incompatíveis ou ainda que regule inteiramente a matéria de lei especial. Isso ocorre com o Código Civil ao regulamentar parcialmente os direitos dos conviventes.

¹⁰⁸ CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. *A união estável e a situação jurídica dos negócios entre companheiros e terceiros*. (Tese de doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

3.3 Sucessão do companheiro no Código Civil de 2002

3.3.1 Concorrência com descendentes

De acordo com o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, se o companheiro concorrer com filhos comuns, receberá uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho.

Aplica-se o inciso I do artigo 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns (Enunciado nº 266 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, assim dispõe: “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”).

Concorrendo com descendentes somente do autor da herança, o companheiro sobrevivente receberá a metade do que couber a cada um deles. Nessa hipótese, o quinhão do companheiro terá como referência aqueles que o sucedem por direito próprio.

Assim, na partilha, atribui-se o número 1 para o companheiro e o número 2 para cada um dos descendentes somente do autor da herança ou para a estirpe formada por aqueles que o sucedem por representação, de forma a alcançar equação em que o primeiro receberá metade do que tocar aos segundos. Os bens não comuns serão integralmente divididos entre dos filhos do *de cujus*.

Verifica-se um problema quando o companheiro sobrevivente concorre com descendentes comuns e descendentes somente do *de cujus*, hipótese em que a lei é omissa. De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, é perfeitamente possível interpretar o dispositivo e solucionar a questão diante do advérbio *só* presente no inciso II do artigo 1.790. Desse modo, o companheiro tem direito à quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho do falecido ainda que alguns deles sejam apenas do ex-companheiro, havendo a redução da quota do companheiro à metade da quota de cada

filho somente se o falecido deixou apenas filhos próprios dos dois¹¹⁰. Corroborando a solução acima, Sílvio de Salvo Venosa assinala que essa conclusão deflui da junção dos dois incisos, não podendo ser admitida outra posição em virtude da igualdade dos direitos sucessórios entre os filhos¹¹¹.

A respeito, vale transcrever a posição de Francisco José Cahali:

Concorrendo o sobrevivente com filhos comuns e com outros exclusivos do autor da herança, o critério de divisão deverá ser aquele do inciso I. Esta situação híbrida não cabe na abrangência do inciso II, pois expressamente se refere à disputa com descendentes só do autor da herança; mas se contém na amplitude do inciso I, em razão de esta regra não restringir a concorrência só com filhos comuns. Existindo a situação híbrida, pois, enquadra-se a vocação na concorrência com filhos comuns, mesmo que nem todos os sucessores tenham esta origem.¹¹²

Segundo Maria Helena Diniz,

Concluimos que, se o companheiro concorrer com descendentes exclusivos e comuns, ante a omissão da lei, aplicando-se o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que privilegia o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art.227, § 6º; CC, art. 1.596 a 1.629), só importará, na sucessão, o vínculo de filiação com o autor sucessionado e não o existente com o companheiro sobrevivente, que, por isso, terá, nessa hipótese, direito à metade do que couber a cada um dos descendentes (LICC, art. 5º c/c CC, art. 1790, II) do de *cujus*. No entanto, há quem entenda, como Maria Helena Daneluzzi, Francisco José Cahali, Mário Delgado, Sílvio Venosa, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, etc., que a divisão igualitária do inciso I do art. 1.790 seria a mais adequada para o caso.¹¹³

¹¹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹¹² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Curso Avançado de Direito Civil: direitos das sucessões*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 6, p.232

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6.

Em que pese a omissão do artigo 1.790 do Código Civil, poderá o autor da herança ter descendentes em comum com o seu companheiro e, ao mesmo tempo, ter outros exclusivos seus, situação essa que é denominada descendência híbrida.

Nesse caso, abrir-se-iam duas possibilidades: a primeira, com a conjugação dos incisos I e II do artigo 1.790 do Código Civil, em flagrante desigualdade na distribuição dos quinhões entre os mesmos descendentes do autor da herança; e a segunda, com a aplicação do quanto determinado no inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, ou seja, para todos os descendentes sem qualquer distinção. A segunda corrente citada é a que vem sendo consagrada nos Tribunais, de forma que os descendentes, embora híbridos, recebam quota igualitária sem qualquer discriminação.

No que tange à sucessão híbrida, colaciona-se as seguintes ementas:

Agravo de Instrumento. Inventário. Sucessão da companheira. Participação como herdeira. Bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Concorrência com filhos híbridos.

Em se tratando de matéria sucessória, o legislador tratou de forma diferente os institutos do casamento e da união estável. É permitido à companheira receber quinhão hereditário igual ao do filho comum e dos exclusivos do inventariado, quanto aos bens adquiridos na constância da união estável. Inteligência do art. 1.790, I, do CPC. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento nº 0308707-49.2015.8.21.7000, 7ª Câmara Cível, Des. Jorge Luís Dall'Agnol, TJRS).

Agravo de Instrumento. Sucessões. Inventário. Concorrendo a companheira com filha comum do casal e filhos exclusivos do de cujus, possui ela direito à herança, nos moldes do art. 1.790, I, CCB. Recurso provido. Agravo de Instrumento nº 70018904763, 7ª Câmara Cível, Des. Ricardo Raupp Ruschel, TJRS).

Código Civil. Inventário. União Estável. Companheira sobrevivente. Meação e Sucessão.

1.No caso de união estável, o Código Civil de 2002 disciplinou a sucessão do companheiro de maneira diversa do cônjuge.

2. Diante do art. 1790 do CC é correto afirmar que a intenção do legislador é no sentido de que o companheiro sobrevivente manterá a sua meação e, adicionalmente, participe da sucessão do outro companheiro falecido.

3. Referido dispositivo legal ao dispor sobre a forma de concorrência entre a companheira e herdeiros, restou omissa quanto aos casos de filiação híbrida, ou seja, quando há herdeiros em comum dos

companheiros e herdeiros somente do autor da herança, o que não implica na sua inconstitucionalidade, cabendo ao aplicador do direito solucionar a controvérsia por outros meios.

4. A melhor solução é dividir de forma igualitária os quinhões hereditários entre o companheiro sobrevivente e todos os filhos.

5. Recurso de apelação e agravo retido providos em parte. (Apelação Cível 0003188-41.2005.807.0006, 6ª Turma Cível Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, j.29.04.2009).

Direito sucessório. Bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Concorrência da companheira com filhos comuns e exclusivos do autor da herança. Omissão legislativa nessa hipótese. Irrelevância. Impossibilidade de se conferir à companheira mais do que teria se casada fosse. Proteção constitucional a amparar ambas as entidades familiares. Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil. Reconhecendo direito de meação da companheira, afastado o direito de concorrência com os descendentes. Aplicação da regra do art. 1.829, inciso I do Código Civil. Sentença mantida. Recurso Não Provido. (Apelação nº 994.08.061243-8, 7ª Câmara de Direito Privado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Élcio Trujillo, j. 07.04.2010)

Agravo de Instrumento. Inventário. União estável. Sucessão da companheira. Concorrência à herança com os filhos comuns e exclusivos do falecido. Decisão que determinou a aplicação do art. 1.790, inciso I, do CC. Recurso dos interessados. Alegação de que o dispositivo invocado seria inconstitucional. Descabimento. Constitucionalidade da norma declarada pelo Órgão Especial desta Corte. Vinculação do Órgão fracionário ao entendimento exarado. Inteligência do art. 97 da CF e da Súmula Vinculante nº 10 do STF. Filiação híbrida, contudo, cuja sucessão não possui previsão legal. Aplicação, por analogia, do art. 1.790, inciso II, do CC. Precedentes desta Corte e Câmara. Decisão reformada apenas para esse fim. Agravo Provido em Parte. (Agravo de Instrumento nº 2150854-50.2015.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Miguel Brandi, j. 16.03.2016).

3.3.2 Concorrência com ascendente

O artigo 1.790, inciso III, prevê que o companheiro poderá concorrer com outros parentes sucessíveis e terá direito a um terço da herança.

Os parentes sucessíveis estão previstos no artigo 1.829 do Código Civil, que dispõe acerca da ordem de vocação hereditária, relação preferencial das pessoas que são chamadas a suceder o falecido.

Havendo ascendentes vivos, o companheiro participará da sucessão somente sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância da união, concorrendo em um terço desses bens, não participando sobre os bens adquiridos a título gratuito.

Concorrendo o companheiro com ascendentes em primeiro grau do falecido, terá direito a um terço da herança, cabendo os outros dois terços aos pais, juntamente com os demais bens particulares.

Concorrendo o companheiro com apenas um ascendente em primeiro grau, terá direito a um terço da herança, cabendo ao ascendente os dois terços restantes. E da mesma forma, se concorrer com os ascendentes em segundo grau do falecido, terá o companheiro direito a um terço de herança, devendo o restante ser dividido metade para a linha materna e metade para a linha paterna.

Segue-se abaixo ementa sobre o tema:

Agravo de Instrumento. Inventário. Sucessão do companheiro em concorrência com a genitora da falecida. União estável do inventariante com a falecida na data do óbito que foi reconhecida por R. Sentença proferida em ação de reconhecimento e dissolução de união estável “post mortem”. Inventariante que deve constar no plano de partilha como meeiro e herdeiro nos termos dos artigos 1.658 e seguintes do Código Civil e artigo 1.790 do Código Civil. Ausência de elementos nos autos que justifiquem a remoção do inventariante, observando-se o disposto no artigo 995 do Código de Processo Civil. Manutenção da decisão agravada. Nega-se provimento ao recurso. (Agravo de Instrumento nº 2045951-27.2016.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Christine Santini, j. 28.06.2016).

3.3.3 Concorrência com os colaterais

Na ausência dos descendentes e dos ascendentes, o companheiro sobrevivente não recolherá a totalidade da herança, pois, pela redação do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil, ele participará da sucessão concorrendo com outros parentes sucessíveis, que são os colaterais até o quarto grau.

Pela aplicação da regra geral, os colaterais que estão em grau mais próximo excluem os colaterais em grau mais remoto, salvo o direito de representação em favor dos filhos de irmãos. Portanto, haverá a concorrência do companheiro sobrevivente, nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, juntamente com os irmãos, que são os colaterais em segundo grau.

Para efeitos sucessórios, é importante distinguir os irmãos unilaterais dos irmãos germanos ou bilaterais. Os irmãos germanos ou bilaterais têm em comum os genitores (pai e mãe), portanto, são filhos do mesmo pai e da mesma mãe. E os irmãos unilaterais têm em comum apenas o pai, chamados nesse caso de irmãos unilaterais consanguíneos, ou apenas a mãe, chamados agora de irmãos unilaterais uterinos.

Assim, concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, os bilaterais terão direito ao dobro do que cada um dos unilaterais receber (artigo 1.841 do Código Civil).

Concorrendo o companheiro à herança do falecido com irmãos bilaterais e unilaterais, terá direito à terça parte dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união. Os outros dois terços serão divididos entre os irmãos, sendo que os bilaterais terão direito a uma quota duplicada enquanto os unilaterais terão direito a uma quota simples.

Na falta de um dos irmãos, herdarão os filhos destes, que exercerão o direito de representação. Na falta de todos os irmãos do falecido, são chamados os sobrinhos, que são colaterais em terceiro grau. Não deixando o falecido irmãos nem sobrinhos, serão chamados os tios, também colaterais em terceiro grau. E por fim, na falta de tios, serão chamados todos os parentes em quarto grau em igualdade de condições, ou seja, primos, sobrinhos-netos e tios-avôs.

Portanto, haverá concorrência do companheiro sobrevivente nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, juntamente com os irmãos (colaterais em 2º grau), sobrinhos (3º grau), tios (3º grau), primos, sobrinhos-netos e tios-avôs do *de cujus* (colaterais de 4º grau).

No que concerne à concorrência do companheiro sobrevivente com os colaterais até o quarto grau, critica Zeno Veloso:

“Sem dúvida, neste ponto, o novo Código Civil não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social,

quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo animus de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbe de destruir a obra legislativa que não segue os ditames do seu tempo, que não obedece às indicações da história e da civilização.¹¹⁴

Acerca deste tema, seguem as ementas:

Agravo de Instrumento. Inventário. Decisão que deferiu a habilitação dos irmãos do *de cujus* como herdeiros. Inconformismo do inventariante, alegando, em síntese, que na qualidade de companheiro e na falta de herdeiros descendentes ou ascendentes, deve receber a totalidade da herança, uma vez que recebe o mesmo tratamento de cônjuge sobrevivente e a inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do CC- Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento nº 2071647-02.2015.8.26.0000, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. José Aparício Coelho Prado Neto).

Agravo de Instrumento. Arrolamento Sumário. União estável. Sucessão do companheiro. Decisão que reconheceu a união estável por mais de trinta anos e afastou, quanto aos demais parentes sucessíveis, a aplicação do art. 1.790, III, do Código Civil. Período de união estável corretamente fixado. Violação à cláusula de reserva de plenário caracterizada quanto à inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Incidência da Súmula Vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal e do art. 97, da Constituição Federal. Constitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil, declarada pelo C. Órgão Especial desta Corte. Decisão reformada em parte. Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento nº 2017769-31.2016.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 02.06.2016).

Ação de inventário. Decisão que excluiu a suposta companheira da sucessão. Único bem imóvel a ser partilhado foi adquirido exclusivamente pelo de cujus anteriormente à vigência da alegada união estável com a agravante, que não foi reconhecida judicialmente. Constitucionalidade do art. 1.790 reconhecida pelo C. Órgão Especial desta Corte de Justiça. Inexistência de decisão dos Tribunais

¹¹⁴ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros, In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.237.

Superiores que determine a suspensão dos feitos em que se discute o referido dispositivo legal. Providência, ademais, desnecessária no caso em exame, vez que o imóvel era de propriedade exclusiva do falecido, circunstância que afasta a aplicação do artigo 1.790 do Código Civil ao caso concreto. Bem será partilhado entre os colaterais, diante da ausência de ascendentes ou descendentes do *de cujus*. Decisão mantida. Recurso não provido. (Agravado de Instrumento nº 2131363-23.2016.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone, j. 02.08.2016).

Apelação Cível. Sucessões. Inventário aberto pela companheira. Ausência de ascendentes ou descendentes. Sentença que excluiu as irmãs do falecido. Incidência do inciso III do art. 1.790 do Código Civil. Constitucionalidade reconhecida. Força vinculante interna da decisão do Órgão Especial.

1.A constitucionalidade do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal, vincula os órgãos fracionários, que somente por motivo relevante, inócurre no caso em tela, podem suscitar novo incidente, respeitando a reserva do plenário.

2.Embora, sejam ambas entidades familiares, casamento e união estável são figuras jurídicas diferentes, distinção essa feita pela própria Constituição ao proclamar que 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 (art. 226, §3º). Ora, se o Constituinte não os considerasse figuras jurídicas diversas, não haveria de estabelecer facilidade para conversão de um instituto em outro.

3. Aplicável, na sucessão dos companheiros, a regra do inciso III, do art. 1.790 do Código Civil, que estabelece em favor da apelada o direito à herança em concorrência com os colaterais, sobre a terça parte da herança, compreendido nesse conceito todo o conjunto de bens deixados pelo falecido (após separada eventual meação que caiba à apelada) e não apenas aqueles adquiridos no curso da união estável. Deram Provimento Unânime. (Apelação Cível nº 70052062692, Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 07.02.2013).

Realmente, afigura-se uma situação de extrema injustiça se comparado aos direitos que foram atribuídos aos companheiros pela Lei nº 8.971/1994, ocupando o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, pois, com o falecimento de um deles e não havendo descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente recolheria a totalidade da herança.

Levando-se em conta a existência de uma entidade familiar externada pela convivência pública, contínua e duradoura entre os companheiros que conjugaram seus esforços para

a aquisição do patrimônio comum, não parece razoável que, com o falecimento de um deles, os seus parentes colaterais recebam dois terços da herança, do patrimônio adquirido onerosamente, enquanto o companheiro sobrevivente só tenha direito a um terço. Isso sem contar que os bens particulares serão recolhidos exclusivamente pelos colaterais.

A única alternativa para amenizar tamanha injustiça é o autor da herança valer-se de um testamento para deixar todos os seus bens para o companheiro sobrevivente. Afinal, sendo os colaterais herdeiros facultativos, podem ser privados da sucessão legítima por disposição de última vontade.

3.3.4 Ausência de parentes sucessíveis

O inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil estabelece que, não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

Em um primeiro momento, interpreta-se a expressão “totalidade da herança” no que tange aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, obedecendo-se ao comando imperativo do *caput* do artigo 1.790 do Código Civil.

Assim, aqueles bens anteriores ao início da união estável e os demais bens adquiridos em sua constância a título gratuito ou por sub-rogação, estariam excluídos da sucessão do companheiro sobrevivente, devendo ser arrecadados como jacente e, posteriormente, com a declaração de vacância, incorporados ao Poder Público Municipal ou Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições.

Embora haja doutrinares que defendam a posição da concorrência do companheiro com Município e Distrito Federal, existe uma segunda corrente doutrinária a qual compreende que a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no *caput* do artigo 1.790 do Código Civil, devendo haver uma interpretação construtiva para se evitar injustiças.

Para corroborar, temos que o artigo 1.790, inciso IV, que deve ser interpretado em consonância com o artigo 1.844 do Código Civil, que assim dispõe:

Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

De acordo com a redação do artigo 1.844, só haverá a devolução dos bens ao Município quando não houver cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível. Assim, havendo somente companheiro sobrevivente, tocar-lhe-á a totalidade da herança na integralidade do acervo hereditário.

Estabelece ainda o artigo 1.819 do Código Civil que só haverá a arrecadação da herança como jacente quando falecer alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido. Apesar de o companheiro não constar da ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil, ele é herdeiro legítimo, cabendo-lhe a totalidade do acervo hereditário.

Sobre a matéria em apreço, cumpre destacar o comentário de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

Não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não ter deixado parentes sucessíveis. O CC 1790 *caput*, sob cujos limites os incisos que lhe segue devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao companheiro com relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nada dispondo sobre os bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se indagar se, em face da limitação do CC 1790 *caput*, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão desses bens, fazendo com que a sucessão deles fosse deferida ao poder público. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 1844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *de cujus* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à totalidade da herança (CC 1790 IV), fugindo do comando *caput*, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1819) e, apesar de não constar no rol do CC 1829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.¹¹⁵

¹¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 2014. v. 3, p.784, 1381-1382.

Este segundo entendimento parece ser a interpretação que mais se coaduna com a realidade social ante a falta de técnica do legislador.

3.3.5 Direito real de habitação

A habitação, pertencendo ao direito real sobre coisa alheia, é o local em que a pessoa permanece de forma temporária ou acidental.

O direito real de habitação sobre imóvel destinado à residência da família, conferido aos companheiros pela Lei nº 9.278/1996, não foi ratificado pelo Código Civil de 2002, inovando apenas para o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens adotado (artigo 1.831 do Código Civil), gerando assim controvérsia entre os operadores do direito se o referido benefício teria sido revogado ou se permanece em vigor.

Todavia, doutrinares sustentam que a Lei nº 9.278/1996 não foi expressamente revogada, estando, por conseguinte, em pleno vigor o direito real de habitação dos companheiros, por se tratar de um direito assistencial previsto em lei especial (artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996), garantido constitucionalmente dentre os direitos sociais e compatível com os artigos do Código Civil de 2002.

Para corroborar esse entendimento, vale mencionar o Enunciado 117, aprovado na I Jornada de Direito Civil ano de 2002: “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.”¹¹⁶.

Há também aqueles doutrinadores que defendem a revogação da Lei nº 9.278/1996, afirmando que o Código Civil 2002 regulou por completo a matéria sucessória dos companheiros. Tal posicionamento não coaduna com a evolução constitucional do Direito Civil.

¹¹⁶ Disponível em: <www.justicafederal.gov.br>. Acesso em: 11.08.2016.

3.4 O artigo 1.790 do Código Civil e a sua (In) constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §3º, adotou a terminologia “união estável” em substituição ao “concubinato puro”. Posteriormente, o legislador ordinário adotou as terminologias “companheiros”, na Lei nº 8.971/94, e “conviventes”, na Lei nº 9.278/96.

O Código Civil de 2002 disciplina inteiramente a matéria em seus artigos 1.723 a 1.727, seguindo as diretrizes traçadas pela Lei nº 9.278/96, indicando os parâmetros para a configuração da união estável. Assim, dispõe o artigo 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Fica automaticamente incluído no artigo supra a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homossexual como entidade familiar (Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 em 05 de maio de 2011), consagrando também o direito sucessório para esse tipo de união, independentemente de qualquer modificação do legislador.

O ordenamento jurídico previu a constituição da união estável, mas somente após a configuração de certos elementos é que o sistema jurídico poderá reconhecê-la como entidade familiar. Isso quer dizer que, apesar da união estável não precisar cumprir as solenidades do casamento, ela tem que se adequar a certos elementos para que seja reconhecida como fato jurídico e, conseqüentemente, receber a proteção estatal.

Nessa orientação, Francisco José Cahali dispõe que:

A união estável nada mais é do que um fato no mundo empírico com conseqüências jurídicas pela sua existência.

Concomitantemente ao fato social, caracteriza-se como fato jurídico. No matrimônio, as partes, de início, promovem o registro civil, e a partir daí passam a receber a influência, na sua esfera jurídica, de todo o sistema legal do casamento, extensamente regulamentado, até mesmo quanto à sua celebração. Diverge substancialmente, neste particular, a união estável do casamento, pois os companheiros passam a integrar o instituto não após o cumprimento das formalidades legais para a sua celebração, mas pela sua caracterização diante da conduta dos partícipes, passando, a partir daí, pela postura

adotada no relacionamento, a ser atingida a esfera jurídica das partes, entre si e perante a sociedade e o Estado. Enquanto no casamento a constituição é celebrada a priori, na união estável sua caracterização é a posteriori, verificados os seus elementos essenciais.¹¹⁷

Antes de adentrar a sucessão do companheiro é necessário caracterizar a união estável, pois, não estando configurada ou havendo impedimentos matrimoniais, ou seja, tratando-se de mero concubinato impuro nos termos do artigo 1.727, não se pode falar em direito sucessório do companheiro.

No tocante a existência de impedimentos matrimoniais, o artigo 1.723, parágrafo primeiro, do Código Civil excepciona o inciso VI do artigo 1.521 se o companheiro já estiver separado de fato ou judicialmente. Quanto à separação judicial, exceção que já constava na Lei nº 8.971/94, nada há que contraditar. Contudo, a separação de fato não deveria ser condição autorizadora da união estável, tendo em vista que a separação de fato não extingue os vínculos do casamento nem mesmo dissolve a sociedade conjugal, permanecendo intactos os deveres do casamento, inclusive os deveres de vida em comum no domicílio conjugal e fidelidade recíproca, bem como o próprio regime de bens. Dessa forma, aquele cônjuge que, separado de fato, tem relação com terceiro passa a infringir o dever de fidelidade.

Embora nossa legislação não seja expressa, deve-se deixar claro que só há verdadeira união estável se os companheiros tiverem união exclusiva, ou seja, nenhum deles integrar mais de uma união concubinária. Mister se faz que a lei assim diga expressamente para evitar dúvidas a respeito.

Tal como em relação ao cônjuge, também a sucessão do companheiro sofreu profundas alterações no Código Civil de 2002.

A princípio, a disposição que regula a sucessão dos companheiros encontra-se no Capítulo referente às Disposições Gerais, do Título I da Sucessão em Geral. Ora, evidentemente, as normas que regulam a sucessão dos companheiros não podem estar ao lado daquelas que estabelecem os princípios gerais do Direito Sucessório no ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹⁷ CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Percebe-se a má sistematização do legislador quanto à sucessão na união estável, que deveria estar devidamente regulada no Título II, pertinente à Sucessão Legítima, informada pelos vínculos familiares no capítulo da ordem de vocação hereditária.

O legislador também restringiu o direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, impondo ainda uma concorrência com descendentes do falecido, ascendentes e, pior ainda, com os colaterais sucessíveis (até o quarto grau), demonstrando assim grande descaso e imerecido retrocesso.

Em uma breve retrospectiva, Zeno Veloso¹¹⁸ afirma que o Projeto do Código Civil que foi aprovado com emendas em 1.984 pela Câmara dos Deputados não continha nenhum artigo que regulasse a sucessão dos companheiros. Quando tramitava no Senado Federal, foi apresentada a Emenda 358, pelo então senador Nelson Carneiro, “que tomou por base a norma constante do antigo projeto elaborado por Orlando Gomes, na década de 60”¹¹⁹, com a finalidade de suprir essa lacuna. E salienta Zeno Veloso que “a emenda tem data anterior a promulgação da Constituição de 1988 e, obviamente, à entrada em vigor das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96”¹²⁰. Portanto, naquela época, a participação do companheiro na herança do falecido representava um grande avanço. Para quem não tinha nada, o pouco que lhe era atribuído representava muito.

O texto foi aprovado pelo Senado com a seguinte redação:

Art. 1.802. Na vigência da união estável, a companheiro, ou o companheiro. Participará da sucessão do outro, nas condições seguintes:

¹¹⁸ VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.225-237: “O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. [...] o novo Código Civil promove recuo notável. O panorama foi alterado, radicalmente. Deu-se um grande salto para trás. Colocou-se o companheiro em posição infinitamente inferior à que ostenta o cônjuge. [...] No Direito brasileiro estava assentada, pacificamente, a posição do companheiro sobrevivente similar à do cônjuge supérstite [...] Não há, portanto, razão jurídica, motivo histórico, causa sociológica que justifique mudança tão intensa e radical”.

¹¹⁹ DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. Temas atuais de direito e processo de família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. p-535-613.

¹²⁰ VELOSO, op. cit., p. 230.

I- se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota 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 um terço da herança;

IV- não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

No ano de 1997, o Projeto retornou à Câmara dos Deputados, ocasião em que o relator-geral Deputado Ricardo Fiúza apresentou proposição para inserir a locução “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Assim, o direito sucessório dos companheiros apresentou-se disciplinado pela atual redação do artigo 1.790 do Código Civil.

A ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil é taxativa, não se estendendo em benefício do companheiro. Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, o companheiro sobrevivente não foi alçado à categoria de herdeiro necessário. Em razão disso, verifica-se que o Código Civil tratou de maneira diferenciada o cônjuge e o companheiro, de modo que este não goza dos mesmos benefícios sucessórios previstos para aquele.

A desigualdade sucessória do companheiro em relação ao cônjuge supérstite é notada por Maria Helena Diniz ao afirmar que:

A relação matrimonial na seara sucessória prevalece sobre a estabelecida pela união estável, pois o convivente sobrevivente não sendo equiparado constitucionalmente ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite, ficando em desvantagem.¹²¹.

O Código Civil de 2002 tratou de modo diferente o direito sucessório decorrente do casamento e da união estável, podendo o companheiro ficar em uma situação mais

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões*. 25.ed.São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6.

benéfica que o cônjuge ou em uma situação de total desprestígio, tendo em vistas as regras contidas nos artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil.

Cumpra esclarecer que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Enquanto a união estável é uma entidade familiar que existe no mundo dos fatos, sendo preciso comprovar a sua existência, o casamento é comprovado mediante a certidão de seu registro civil. Portanto, estamos diante de dois institutos. A união estável difere do casamento quanto aos seus efeitos e à sua constituição.

Em momento algum, o legislador constituinte teve a intenção de equiparar a união estável ao casamento, tanto é que previu a possibilidade de sua conversão. Se o objetivo do legislador constitucional fosse equiparar os dois institutos, não haveria necessidade de lei ordinária regulamentar a matéria, como aconteceu inicialmente com a Lei nº 8.971/1994, nem também motivos para facilitar sua conversão em casamento.

Sendo assim, há quem entenda que a família matrimonial goze de uma preferência constitucional, o que não significa hierarquizar as formas de família. Não há hierarquia entre as entidades familiares, mas, por uma questão de garantia e maior segurança para as relações sociais, o “Estado prefere a família formalmente constituída”.¹²².

Essa preferência ficou evidenciada no relatório final ao projeto do Código Civil:

[...] as diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigorantes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado, no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitado que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição – meio – quanto o casamento – enquanto instituição fim – na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da

¹²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.110

convivência duradoura. As nulidades, as anulabilidades, a separação, o divórcio, figuras indissoluvelmente ligadas ao enlace matrimonial, desaparecem ou transparecem por analogia, ou se reduzem numericamente, quando transpostas para o relacionamento estável.” (Deputado Ricardo Fiuza).¹²³.

A equiparação das entidades familiares surge como ponto controverso entre a doutrina e jurisprudência e, não raro, suscita dúvidas quanto à constitucionalidade da disciplina legal que regula a sucessão dos companheiros – principalmente em função da isonomia das entidades familiares.

Gustavo Tepedino afirma:

Como se sabe, o casamento pode designar tanto o ato jurídico solene que estabelece a família legítima, como a relação familiar por ele criada. Diz-se, por exemplo, que Tício se casou em certo dia do ano, para referir-se a tal solenidade. Ao revés, a afirmação de que Caio está casado há 20 anos alude à entidade familiar por ele constituída, como relação jurídica que engloba o conjunto de efeitos próprios da convivência familiar, a qual, no caso de Caio, tem origem no casamento.¹²⁴.

Segundo o autor, as normas informadas pelos princípios relativos à solenidade do matrimônio, ou melhor, que decorrem do ato solene do casamento, não podem ser estendidas à união estável. Ao contrário: aquelas informadas por princípios próprios da convivência familiar e vinculadas à solidariedade dos seus componentes devem ser aplicadas à união estável, sob pena de ser contrariado o ditame constitucional de proteção a essa entidade familiar.¹²⁵

No que tange à equiparação das entidades familiares, o Ministro Roberto Barroso é relator do Recurso Extraordinário 878.694 Minas Gerais. Neste processo, o ministro

¹²³ RÉGIS, Mário Luis Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: Será que precisamos mudar o Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM, n.29, 2005. v.7, p. 214-215.

¹²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.338.

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo, ob. cit, p.339.

defende a posição de que não pode haver distinção sucessória entre cônjuge e companheiro, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Importante esclarecer que o ministro José Antônio Dias Toffoli solicitou vista, sendo que, até a conclusão deste trabalho, não houve definição da equiparação dos direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro. Contudo, a maioria dos outros ministros seguiu o entendimento do Relator, o que indica que certamente existirão diversas controvérsias sobre o tema.

Apesar de muito criticado, o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 tem sido empregado aos casos concretos pelos tribunais brasileiros de forma a seguir exatamente o que fora previsto na legislação correspondente à união estável.

Segundo decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Fernando Gonçalves (EREsp 736627 PR 2006/0189409-5, julgado em 25.02.2008)¹²⁶ afirma que a união estável não produz os mesmos efeitos que o casamento e, portanto, as alegações de que o companheiro deve ser comparado ao cônjuge sobrevivente são incabíveis em face da diferença clarividente dos institutos em tela.

Em primeiro lugar, o *caput* do artigo 1.790 limita-se aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Esse fato mostra a confusão que o legislador fez entre sucessão e meação. Não tendo o *de cujus* deixado nenhum outro herdeiro sucessível, o companheiro recolherá todos os bens adquiridos na constância da união a título oneroso,

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 736627/PR. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF. Julgado em 25.02.2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28.08.2016. “Ementa: União estável. Dissolução. Partilha do patrimônio. Regime da separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte.1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal local, expressamente, em duas oportunidades, no acórdão da apelação e no dos declaratórios, afirma que o autor não comprovou a existência de bens da mulher a partilhar.2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.3. Não sendo comprovada a existência de bens em nome da mulher, examinada no acórdão, não há como deferir a partilha, coberta a matéria da prova pela Súmula nº 7 da Corte.4. Recurso especial não conhecido.”.

e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública Municipal.

Sem dúvida, restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo falecido na vigência da união estável pode causar graves injustiças. Basta imaginar a situação de um casal que conviva há mais de 20 anos residindo em imóvel de propriedade do varão, imóvel esse adquirido antes do início da relação, não existindo nem descendentes nem ascendentes. Vindo a falecer o proprietário do bem, a companheira não terá direito à meação e nada herdar.

Cumpre-nos recordar que o artigo 1.725 do Código Civil estabelece às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros.

Ora, com o suporte no art. 226, CF, que externou cristalinamente a opção do constituinte em privilegiar a família originária do casamento, pode-se atestar, tranquilamente que o novo Código Civil brasileiro, com os distintos direitos sucessórios do cônjuge e conviventes nele previstos, não fere a garantia constitucional da igualdade, ao contrário, a ela presta obediência, pois trata desigualmente os desiguais.¹²⁷.

Por não haver equiparação entre o casamento e a união estável, sustentamos a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, mesmo sendo atribuído ao cônjuge mais direitos no plano sucessório do que aos companheiros.

Esse é o entendimento da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e da 8ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, respectivamente:

Agravo de instrumento – Inventário – Sucessão aberta após a vigência do novo Código Civil – Direito sucessório da companheira em concorrência com irmãos do obituado – Inteligência do art. 1.790, III, da novel legislação – Direito a um terço da herança – Inocorrência de

¹²⁷ GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. v. 11, p.09-17

inconstitucionalidade. Não há choque entre o Código e a Constituição na parte enfocada. A norma do art. 226, §3º, da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento nem tampouco dispôs sobre regras sucessórias. As disposições podem ser consideradas injustas, mas não contêm eiva de inconstitucionalidade. Reconhecimento dos colaterais como herdeiros do de cujus. Provimento do recurso (TJRJ – 18ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento 2003. 002.14421 – Data do registro: 07.04.2004 – Relator: Des. Marcus Faver).

Direito de família e das sucessões – Direito da companheira na sucessão do ex- companheiro – Aplicação do art. 1790, III, do CC – Existência de outros parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais – Arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 1790, sob o argumento de tratamento desigual entre união estável e casamento – Improcedência. O §3º do art. 226 da CF apenas determina que a união estável entre o homem e a mulher é reconhecida, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, o que evidencia que o casamento e união estável são conceitos e realidades jurídicas, distintas, razão pela qual não constitui afronta à Constituição o tratamento dado ao companheiro da nova legislação civilista. Limitação do tempo da união estável.

Se os companheiros declararam em escritura pública que viviam maritalmente “há mais de vinte anos consecutivos”, cabe ao julgador, em nome da prudência e razoabilidade, considerar como indiscutível o período de vinte anos, cabendo à interessada a prova do início do tempo real de convivência, o que não ocorreu. Desprovimento do recurso (TJRS – 8ª Câmara Cível – AgRg no AgIn 2004.002.16474 – rel. Des. Odete Knaack de Souza – j. 19.04.2005).

Desse modo, pode-se dizer que as relações familiares geradas pelo casamento e pela união estável são idênticas em sua essência, baseadas em semelhantes vínculos de afeto, solidariedade e respeito. No entanto, são diversas quanto à sua constituição, e, por essa razão, a regulamentação de cada uma deverá conter diferenciações.

Não podemos deixar de mencionar a existência de posição contrária, na qual se sustenta a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 por afronta direta ao artigo 226 da Constituição Federal de 1988, ferindo o tratamento igualitário que deve ser conferido às famílias, quer tenham origem no casamento ou não união estável. Assim, os cônjuges não podem receber um tratamento mais vantajoso que os companheiros.

Corroborando o entendimento acima afirmado, destacam-se os enunciados 49 e 50 do I Encontro dos Juízes das Varas da Família e Sucessões:

Enunciado 49 – O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

Enunciado 50 – Ante a inconstitucionalidade do art. 1790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo de que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

Sobre a questão, transcreve-se as lições de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianoski Ruzyk, acerca dos direitos conferidos à união estável pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 em comparação com aqueles estabelecidos pelo Código Civil de 2002:

Tais direitos decorrem, diretamente, do status de família conferido pela Constituição Federal. Desse modo, o tratamento da união estável, no que diz respeito aos direitos daqueles que travam essa espécie de relação familiar, não poderia ser discriminatório em relação ao dispensado às relações matrimonializadas.

Trata-se de discriminação injustificável aos membros da entidade familiar não-matrimonializada, ferindo o princípio da igualdade, bem como as disposições do art. 226 da Constituição. O projeto acaba por suprimir mecanismo legislativo e proteção ao convivente supérstite, bem como dos filhos havidos dessa relação, realizando discriminação da união estável e dos conviventes frente aos cônjuges e ao casamento. A igualdade perante a lei resta violada. Não é possível, in casu, argumentar-se que a união estável apresenta peculiaridades em relação ao casamento: o direito real de habitação é instrumento de proteção aos membros da família – que existe, nos termos da Constituição, tanto no casamento como na união estável –, assegurando-lhes a moradia, em nada se justificando sua supressão.¹²⁸

Apesar da orientação firmada pelos juízes paulistas, sustentamos que o legislador constituinte não teve o intuito de estabelecer equiparação entre casamento e união

¹²⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. 2000. v.4, p. 243-263.

estável. Reconheceu-se a união estável como entidade familiar concedendo-lhe especial proteção do Estado, mas não a se equiparou ao casamento. Portanto, apesar de ser injusta a lei ordinária que estabelece diferença quanto ao direito sucessório concedido aos companheiros e aos cônjuges, não há afronta à Constituição Federal. Como são institutos distintos, podem receber tratamentos diversos.

Fica evidente que não andou bem o legislador nessa primeira inovação em prejuízo da situação do companheiro. Na tentativa de evitar tamanha iniquidade, Carlos Roberto Barbosa Moreira, em atualização do volume VI das Instituições de direito civil do Professor Caio Mario da Silva Pereira, sustenta que o termo “herança”, presente nos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil, deve ser interpretado em seu sentido próprio e mais abrangente, englobando todos os bens deixados pelo autor da herança e não apenas aqueles adquiridos a título oneroso na vigência da união estável, reconhecendo, no entanto, que, no rigor da boa técnica, o conteúdo do *caput* deveria ser comum a todas hipótese em que o dispositivo se desdobra¹²⁹.

Por fim, conclui-se que o direito sucessório do companheiro deve ser interpretado de forma sistemática, em consonância com o artigo 1.829 do Código Civil, que é a regra geral sobre a ordem de vocação hereditária, não se admitindo que o companheiro obtenha vantagens que não são atribuídas ao cônjuge sobrevivente.

3.5 Da possível concorrência do companheiro com o cônjuge sobrevivente

A Constituição Federal de 1988 concebeu a família de forma plural, prevendo outros modos de constituição da entidade familiar além do casamento. A partir de então, a união estável passou a receber tratamento constitucional e legal, sendo que erigiram-se com base no texto constitucional as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, que conferiram aos companheiros, entre outros direitos, o da possibilidade de participarem da sucessão legítima.

¹²⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Com o advento do Código Civil de 2002, a sucessão do companheiro fora regulada no capítulo referente a Disposições Gerais, do Título I, da Sucessão em Geral; o que é criticável, pois a sucessão do companheiro deveria estar regulada no Título II, pertinente à Sucessão Legítima.

Tendo em vista as novas regras trazidas pelo Código Civil de 2002, tornou-se possível a concorrência do companheiro com o cônjuge do falecido. Tal situação é comumente apresentada na prática: as pessoas se separam de fato de seus respectivos cônjuges e não regularizam a situação jurídica mediante o divórcio, permanecendo no estado civil de casados enquanto constituem novas famílias mediante união estável. Esta situação pode trazer sérias repercussões no âmbito do direito sucessório.

Com a morte daquele que é casado, mas que se encontra separado de fato de seu cônjuge, e vive em união estável, a companheira poderá ser considerada herdeira a depender da existência de bens adquiridos a título oneroso na constância da união de acordo com as regras do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Tal hipótese deveria excluir qualquer possibilidade de a esposa ser chamada à sucessão, mas não é isso que se depreende pela redação do artigo 1.830 do Código Civil:

Somente é reconhecido o 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.

O cônjuge sobrevivente terá direito sucessório desde que não tenha ocorrido a separação judicial ou divórcio, e que o período da separação de fato não ultrapasse dois anos. Contudo, se já tiverem separados de fato há mais de dois anos, o direito sucessório ficará condicionado à comprovação de que o fim da convivência entre o casal ocorreu sem culpa do cônjuge sobrevivente.

Diante de tal situação, três soluções tornam-se possíveis. A primeira seria a aplicação do artigo 1.830 com os artigos 1.829 e 1.790 do Código Civil, possibilitando assim que o cônjuge supérstite e o companheiro sejam chamados simultaneamente a receber a herança do falecido.

Essa concorrência de companheiro e cônjuge sobrevivente pode dar-se juntamente com os descendentes, que estão na primeira classe dos sucessíveis. Para isso, deve-se observar a existência de bens adquiridos a título oneroso, para o primeiro, e o regime de bens do casamento, para o segundo.

Não havendo descendentes, a concorrência dar-se-á com os ascendentes. O companheiro terá direito a um terço sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância da união, e o cônjuge, direito a um terço se concorrer com pai e mãe do falecido, ou metade se concorrer com apenas um deles ou se maior for o grau de ascendentes. Na falta dos descendentes e ascendentes, apresentam-se quatro formas para a divisão da herança:

- i) Companheiro e cônjuge sobrevivente deverão repartir de forma igualitária a herança do falecido, não ficando o primeiro adstrito aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, estabelecendo-se assim um tratamento mais humano e digno ao companheiro;
- ii) O companheiro só terá direito a um terço sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância da união, e o cônjuge sobrevivente, recolherá os 2/3 restantes bem como os demais bens que compõem o acervo hereditário (bens que foram adquiridos antes da união estável, bem como aqueles que foram adquiridos em sua vigência, mas a título gratuito);
- iii) O companheiro sobrevivente terá direito a todos os bens que tiverem sido adquiridos no decorrer da união estável e o cônjuge supérstite ficará com os demais bens;
- iv) O cônjuge sobrevivente terá direito a todos os bens que foram adquiridos até a separação de fato e ao companheiro sobrevivente tocará todos os bens que foram adquiridos após a separação de fato (onerosos e gratuitos), mesmo que anteriores ao início da convivência.

A segunda solução possível seria excluir o companheiro e atribuir a herança ao cônjuge sobrevivente. Porém, essa também não parece ser a melhor solução, uma vez que o companheiro é quem estava ao lado do autor da herança quando de sua morte.

A terceira seria privilegiar o companheiro, excluindo o cônjuge sobrevivente. Uma vez caracterizada a união estável entre as partes, não se pode mais considerar a existência de um casamento.

José Fernando Simão tem o seguinte entendimento:

Considerando-se toda a orientação jurisprudencial no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime de bens, o patrimônio do falecido deve ser dividido em dois montes. O primeiro monte é composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento. Sobre tais bens, somente o cônjuge tem direito à herança. A segunda massa de bens é constituída pelos bens adquiridos durante a união estável. Quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união, o (a) companheira (a) terá direito à herança. Em relação aos bens adquiridos a outro título durante a união estável, o cônjuge terá direito à herança.¹³⁰

A jurisprudência já vinha entendendo como suficiente a separação de fato para colocar fim ao regime de bens entre os cônjuges. A esse respeito, discorre Marilene Silveira Guimarães:

A comunicação dos bens ocorre apenas na constância do casamento. Constância significa vigência, convivência matrimonial, que se rompe com a separação de fato. Se o casamento existir apenas no aspecto formal, não se comunicam mais os bens adquiridos após a separação de fato. Interpretar de forma diferente seria imoral e conduziria a uma grande injustiça, pois permitiria que os bens obtidos pelos companheiros fossem partilhados, com o marido ou a esposa, afrontando o princípio geral de direito que proíbe o enriquecimento sem causa.¹³¹

¹³⁰ TARTUCE, Flavio; SIMAO, José Fernando. Direito civil: Direito das Sucessões. 3.ed.São Paulo: GEN/Método, 2010. v.6, p.248-249.

¹³¹ GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca das questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v.2, p.201

Se a separação de fato coloca fim ao regime de bens do casamento e permite que os cônjuges constituam novas famílias sob novo regime de bens, não há que se falar na permanência do direito sucessório entre eles.

Entretanto, não há entendimento pacífico sobre o tema, sendo que somente a jurisprudência mansa e pacífica dará a palavra final. O que deve se proteger é o radicalismo dos excessos, do tipo tudo para o cônjuge e nada para o companheiro, ou vice-versa.

Considerações Finais

O novo Código Civil, em virtude das consideráveis inovações quanto à posição sucessória do cônjuge e do companheiro, causou sensível impacto sobre a comunidade jurídica.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco para o Direito de Família, estabelecendo a igualdade entre os filhos e reconhecendo como entidade familiar outras formas de constituição de família, tais como a união estável e a família monoparental.

O artigo 226, §3º, da Constituição Federal reconheceu, para efeito de proteção do Estado, a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar a conversão de tal união em casamento. Importante destacar que não houve a equiparação da união estável ao casamento.

O novo Código Civil, ao tratar de sucessão, privilegiou o laço de afetividade em detrimento ao de consanguinidade, alçando o cônjuge sobrevivente à posição de herdeiro necessário, passando ele a concorrer com descendentes, salvo se casado no regime da comunhão universal de bens, no da separação obrigatória de bens ou no regime da comunhão parcial de bens, se o autor da herança tiver deixado bens particulares. O cônjuge ainda concorrerá com os ascendentes, independentemente do regime de bens, recebendo a totalidade da herança caso não haja descendentes nem ascendentes.

O cônjuge ocupa a posição de herdeiro necessário juntamente com os descendentes e ascendentes, devendo, porém, ser respeitada sua capacidade sucessória. Esta, além dos requisitos genéricos, ao tempo da morte do autor da herança, necessita que o cônjuge supérstite não esteja separado de fato há mais de dois anos, ressalvando, mesmo assim, que, em prazo maior, poderá o cônjuge provar que a convivência se tornou insuportável sem a sua culpa.

Resta claro que o artigo 1.829 do Código Civil apresenta inúmeras lacunas e incongruências. O texto legal dá margem a interpretações divergentes e antagônicas, sendo imperioso sua reformulação legislativa tendo em vista a tamanha incoerência em sua redação, posto que é impossível à jurisprudência aparar tais arestas.

O Código Civil de 2002 regulamentou a união estável nos artigos 1.723 a 1.727, estabelecendo requisitos caracterizadores da união estável. O direito sucessório do companheiro, que se encontra regulado no artigo 1.790 do Código Civil, dar-se-á somente sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, excluindo-se os bens adquiridos antes da união bem como os adquiridos a título gratuito, como doação, herança, legados, fato eventual, além daqueles cuja aquisição tiver por título uma causa anterior à união e os adquiridos a título oneroso por sub-rogação.

O novo Código, no artigo 1.723, § 1º permite que a pessoa casada, mas separada de fato do cônjuge, constitua união estável. Essa situação traz uma repercussão no âmbito do direito sucessório, pois, de acordo com o artigo 1.830 do Código Civil, o cônjuge sobrevivente terá direito à herança do falecido se a separação de fato não for superior a dois anos ou, sendo superior, não for ele o culpado pela separação. Porém, a melhor interpretação é privilegiar o companheiro sobrevivente. O artigo 1.830 do Código Civil só será aplicado se não for caracterizada a união estável.

Um dos pontos de maior destaque, sem dúvida, é o do tratamento hereditário distinto entre o cônjuge e o companheiro. Ao longo deste trabalho, defendeu-se que não há desigualdade entre a união estável e o casamento, até porque tais entidades familiares são protegidas pelo Estado, pois a base do princípio da isonomia está exatamente na máxima segundo a qual “igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Demonstrou-se também que a Constituição Federal nunca teve a pretensão de atribuir tratamentos idênticos ao cônjuge e ao companheiro, tanto é que expressamente incentivou a conversão da união estável em casamento.

Ao mesmo tempo, não podemos ignorar o significativo avanço para a posição sucessória não só do cônjuge, mas também do companheiro. Ambos passaram a concorrer com descendentes e ascendentes do falecido, atendidas determinadas condições, ao passo que anteriormente só receberiam parte da herança na hipótese de inexistirem parentes de tais classes.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*: Legítima, testamentária, inventários e partilhas. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ALMEIDA, José Luiz Gavião. *Código Civil comentado*: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856. São Paulo: Atlas, 2003. v.18.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A alterabilidade do nome dos filhos pelo descumprimento do poder familiar mútuo. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, 2004. v. 41. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42284>>. Acesso em: 28.08.2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil das sucessões*. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 1989.

_____. *Direito Civil das sucessões*. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo Código Civil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 1958.ed. Rio, 1958.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944, v.VI, p.9.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 736627/PR. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF. Julgado em 25.02.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28.08.2016.

BRASIL, <http://www.senado.gov.br>, em 07 de setembro de 2016.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Divórcio e separação*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Curso Avançado de Direito Civil: direitos das sucessões*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 6.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. *Júris Síntese*. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-9.pdf>. Acesso em: 28.08.2016.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. *A união estável e a situação jurídica dos negócios entre companheiros e terceiros*. (Tese de doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil: Família e sucessões*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. vol.5.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito de família e das sucessões*. Lisboa: Lex, 1993.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. Temas atuais de direito e processo de família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Ponto e vírgula. *O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 27 de abril de 2003.

_____. *Conversando sobre família e sucessões no novo Código Civil*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2006

_____. *Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6.

_____. *Conflito de normas*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005, v.3.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. 2000. v.4.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito civil: sucessões*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; JACOB, Cristiane. *A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido*. Art. 1829, I, do Código Civil de 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5543>>. Acesso em: 01.09.2016.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2005. v.7, n.29.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. v. 11.

GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol.VII.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Reflexões acerca das questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v.2.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório brasileiro, ontem, hoje e amanhã. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2002, v.12.

_____. Comentários ao Código Civil. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Da concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*, 2003.

_____. Ordem de vocação hereditária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Direito das sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. *Revista Imes*. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/692>. Acesso em: 01.09.2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. XXI.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*, 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.21.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: Direito de família e sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.5.

LISERRE, Antonino. *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*. Jus.1979.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito civil: sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2005. v. 24.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. vol.1.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: Direito das sucessões*. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.6.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v.6.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 2014. v. 3, p.784, 1381-1382.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Sucessão legítima no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 06.09.2016.

_____. *Verdadeiras modificações do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br>>. Acesso em: 22.09.2016.

OCTAVIO, Rodrigo. *A codificação do direito civil no Brasil: Teixeira de Freitas e a unidade do Direito Privado*. Arquivo Judiciário. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, jan-mar.1933, v.25.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável: do concubinato ao casamento. Antes e depois do novo Código Civil*. 6.ed. São Paulo: Método, 2003.

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

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Instituições de direito civil: Direito das sucessões*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.6.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.t.LV.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*. A2, 12 de abril 2003.

_____. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Revista dos Tribunais, 1998. v.752.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: Será que precisamos mudar o Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM, n.29, 2005. v.7.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol.6.

_____. *Direito civil: direito de família*, 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.6.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Pontuações. *O Estado do Paraná*. Curitiba, 11 de maio de 2003. Caderno Direito e Justiça.

SANCHES-CORDEIRO DÁVILLA, Jorge. *Introduccion ao derecho mexicano: derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

SILVA, Marcos Alves da. *Culpa e castigo no direito da sucessão conjugal: Uma análise do art.1830 do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7394>>. Acesso em: 01.08.2016.

SOUZA, Fernando Gaburri de. Questões controvertidas sobre a sucessão do cônjuge no novo Código Civil. In Flavio Tartuce; Ricardo Castilho (org.). *Direito civil: Direito Patrimonial e Existencial*. Estudos em Homenagem a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

TARTUCE, Flavio; SIMAO, José Fernando. *Direito civil: Direito das Sucessões*. 3.ed.São Paulo: GEN/Método, 2010. v.6.

TATSCH, Fernanda Lemos. *A evolução jurídica da proteção do cônjuge e do companheiro na sucessão: uma análise legislativa do código de 1916 ao novo código civil*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul.

TEPEDINO, Gustavo. *O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira*. *Revista dos Trimestral de Direito Civil*. 2001. v.7.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Disponível em: <http://www.femperj.org.br>. Acessado em: 07 de setembro de 2016.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. *Sucessão legítima do cônjuge e herança do companheiro*. Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex170.htm>. Acessado em: 06.09.2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001.v.5.

_____. *Direito civil: direitos das sucessões*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.7.

_____. *Direito Civil*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros, In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

VILLELA, João Baptista. *Natureza do regime de participação final nos aquestos e fins do casamento*. Belo Horizonte, 1974.